Die Stellung und die Aufgaben des Reichsgerichts im Kampf um eine einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Erich Kramel

aus Cham in d. Opf.

Referendar am Amtsgericht in München.

Approbiert am 31. Oktober 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

32-27

Referent: Univ.-Prof. Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0056

Inhaltsangabe.

Literaturverzeichnis. VII

Einleitung: Die Forderung nach Rechtseinheit. Verfolgung des Zieles nach 2 Richtungen. Thema und Aufbau der Arbeit. 1

I. Teil: Die Wahrung der Rechtseinheit in Strafsachen innerhalb des RG selbst.

1. Der § 136 GVG und seine Ziele. Die Umständlichkeit des Verfahrens. 3
2. Die vom RG zur Umgehung des § 136 ausgebildeten Grundsätze und ihre kritische Würdigung. 9

Reformvorschläge:

3. Das Praejudizialsystem. 19
4. Der Kompromißvorschlag Gerlands. 23
5. Die vereinfachte Plenarentscheidung und der Rechtseinheitssenat. 25

Anhang: Die Frage der Bindung des RG an die zum alten Recht ergangenen Entscheidungen nach Inkrafttreten des neuen StGB. 35

II. Teil: Die Bindung der Untergerichte, insbesondere der Oberlandesgerichte an die Rechtsprechung des RG.

1. Die Herausbildung des gegenwärtigen Rechtszustandes bis zur Novelle von 1924. 42
2. Die heutige Zuständigkeitsverteilung; im Bes. die Abgrenzung der Revisionszuständigkeit zwischen dem RG und den OLG.en. 49
3. Die Hauptangriffspunkte der gegenwärtigen Regelung; Statistisches. 52

Reformvorschläge:

4. Die Gesetzentwürfe. 60
5. Vorschläge der Wissenschaft und aus der Literatur. 66

a) Das Praejudizialsystem (Gerland) und seine Gefahren. 66
b) Der Plan Lobes. 70
c) Die Erweiterung der Revisionszuständigkeit des RG; die beiden Möglichkeiten. 72
6. Die Entlastung des RG und die zu ihr führenden Wege. 79

Anhang zu Teil I und II:

1. Die Frage einer einheitlichen Rechtsprechung unter den obersten Gerichten überhaupt. 84
2. Das Streben nach einheitlichem Strafrecht für Deutschland und Österreich. 86

Verwendete Abkürzungen:

RG = Reichsgericht.
OLG = Oberlandesgericht.
StA = Staatsanwalt.
E. = Entwurf.

Literaturverzeichnis.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 20, 1926/27.

Beling, Reichsstrafprozeßrecht, 1928.

Binder, Philosophie des Rechts, 1925.

Boyens, die ersten fünfundzwanzig Jahre des RG. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, 1904.

Deutsche Juristenzeitung 1931.

35. Deutscher Juristentag, I., Gutachten, 1928.

5. Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei, Gutachten, Reichenberg 1931.

Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Festschrift, Bln. u. Lpzg. 1929, 5. Band, Strafrecht und Strafprozeß.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen und Strafsachen.

Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit, Drucks. des Reichsrates, 1926, Nr. 39.

E. eines EG. zum StGB., 1927.

E. eines EG. zum StGB., 1928 mit Begründung, Drucks. des Reichstags, IV 1928 Nr. 2070.

Gerichtssaal, Band 97 und Band 100.

Juristische Wochenschrift 1931.

Löwe-Rosenberg, RStPO, 17. Auflage 1927.

Lobe, Fünfzig Jahre Reichsgericht, Bln. 1929.

Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision, Bln. 1925.

Österreichische Anwaltszeitung, Wien, 1931.

Reichsstrafprozeßordnung nebst GVG. und anderen ergänzenden Gesetzen, hrsggb. von Doerr, München 1931.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsggb. von Staudinger-Schmitt, München 1928.

von Weber, Rechtseinheit und Rechtsprechung, Tübingen, 1929.

Die Stellung und die Aufgaben des Reichsgerichts im Kampf um eine einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen.

Einleitung.

Das Streben nach Rechtseinheit stellt nicht nur eine ideelle Forderung dar, wurzelnd in dem nationalen Einheitsbestreben — ein Volk, ein Reich, ein Recht —, sondern ist auch durch das stetige, enge Ineinandergreifen der einzelnen Glieder der Volkswirtschaft zur Notwendigkeit geworden. Jede soziale Gemeinschaft verlangt nach Rechtseinheit. Gerade in unserer Zeit, in der so viel von Justizkrise die Rede ist, scheint es notwendig, diesem ideellen, sozialen, auch wirtschaftlichem Verlangen nach Rechtseinheit und Rechtssicherheit Genüge zu leisten. — Die Einheit des Rechts muß nach zwei Richtungen hin verfolgt und ausgebaut werden. Einheitlichkeit in der Gesetzgebung und Einheitlichkeit in der Auslegung und Anwendung der Gesetze sind die Ziele.

Wenden wir uns dem enger umgrenzten Gebiet der vorliegenden Arbeit zu, so ist zunächst festzustellen, daß durch das RStGB. und die RStPO. ein einheitliches Recht auf unserem Gebiet geschaffen wurde und daß weiterhin ein höchstes Gericht, das Reichsgericht ins Leben gerufen wurde, dem ein einheitliches GVG. die Entscheidung strittiger Rechtsfragen in letzter, höchster Instanz zuwies. Schon in der Begründung zum GVG. war auf die Notwendigkeit der Errichtung eines höchsten Reichsrevisionsgerichtes für Strafsachen hingewiesen und dabei betont worden, daß man die Zuständigkeit dieses Gerichtes soweit ausdehnen müsse, „daß für die Zudigkeit oberster Landesgerichte in den einzelnen Bundesstaaten kein Raum bleibe“ (Begründung zu Nr. 4 der Drucksachen des deutschen Reichstags, II. L.P. II. Session, S. 21 f.). Restlos freilich wurde das Prinzip nicht durchgeführt; man befürchtete eine Überlastung des RG. So beschränkte man sich darauf das RG. zur Entscheidung von Revisionen in Fällen mittlerer und schwerer Krimi-

nalität zuständig zu machen und beließ die OLGe. als Revisionsgerichte in minder wichtigen Fällen. Damit schien die Gefahr einer durch Abweichungen in der Länderjudikatur herbeigeführten materiellen Rechtsverschiedenheit gebannt und die von der Rechtseinheit geforderte Einheitlichkeit der Rechtsanwendung den unteren Landesgerichten gegenüber hinreichend sichergestellt. Abweichungen innerhalb des höchsten Gerichtshofes selbst aber sollten durch die Aufnahme des § 137, jetzt 136 in das GVG. erschwert und nur nach erfolgreicher Durchführung eines umständlichen Verfahrens erlaubt sein.

Unsere Aufgabe ist es nun die vom Gesetzgeber zur Durchführung und Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung getroffenen Regelungen im Näheren zu betrachten und ihre Auswirkungen in der Praxis unseres gegenwärtigen Rechtslebens darzulegen; dem wird sich dann im Einzelnen jeweils eine kritische Betrachtung der einschlägigen Reformgedanken anschließen. Da wir bei unserer Betrachtung ausgehen wollen vom RG. als dem vom Gesetzgeber zur Wahrung der Einheit in der Rechtsprechung eingesetzten höchsten Institut, so ergibt sich für unsere Arbeit eine klare Dreiteilung. Einmal ist zu betrachten, wie es um die einheitliche Rechtsanwendung beim Reichsgericht und in seiner Rechtsprechung selbst gestellt ist. Sodann muß eine Darstellung des Verhältnisses des Reichsgerichts zu den unteren Gerichten, vor allem den OLG.en, (vom Standpunkt des zu erstrebenden Zieles einer einheitlichen Rechtsprechung aus), erfolgen. Nach diesen beiden Punkten, die das Wesentliche der Arbeit bringen sollen, sei anschließend auf die Frage des Verhältnisses der Rechtsprechung des RG. zu der der anderen höchsten Gerichte eingegangen und die Frage der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung auch nach dieser Richtung hin erläutert, soweit dies bei der Umstrittenheit der dabei auftauchenden Probleme möglich ist.

I. Teil.

Die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung in Strafsachen innerhalb des Reichsgerichtes selbst.

Der Gedanke, daß ein einziger Senat die gesamte Revisionstätigkeit in Strafsachen, die das GVG. dem RG. zuwies, erledigen könnte, mußte infolge der Unmöglichkeit seiner Durchführung von vorneherein der Erwägung des Gesetzgebers fern bleiben; es mußte an die Errichtung einer Mehrzahl von Strafsenaten innerhalb des RG. gedacht werden. Damit aber war von Anfang an die Gefahr der Abweichungen der einzelnen Senate voneinander in denselben zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen gegeben; es galt also der Gefahr eines Auseinanderfallens der Judikatur innerhalb des höchsten, vor allem zur Wahrung der Rechtseinheit berufenen Gerichts zu begegnen und sie zu vermeiden. Zu diesem Zwecke griff man auf eine Einrichtung zurück, die das preußische Obertribunal seit 1836 zur Beseitigung bestehender Widersprüche in seiner Rechtsprechung angewendet hatte: man nahm in das GVG den heutigen § 136 auf, der einerseits eine Abweichung von einem in derselben Rechtsfrage früher ergangenen Rechtsspruch möglich machte, diese Möglichkeit ihrerseits aber erst dann gegeben sein ließ, wenn ein sehr umständliches Verfahren, eben die Plenarentscheidung, mit Erfolg durchgeführt worden war.

1. § 136 erklärt die willkürliche Abweichung eines Senates von einer Entscheidung, die in derselben Rechtsfrage ein anderer Senat bereits getroffen hat, für verboten. Die Abweichung wird erst dann zu einer erlaubten, wenn die vereinigten Strafsenate die zur Entscheidung stehende Rechtsfrage abweichend von der bekämpften früheren Entscheidung beurteilen. Die Entscheidung der vereinigten Strafsenate ist für den mit der Entscheidung der Sache befaßten Senat, der abweichen will, bindend, sei es nun, daß ihm Recht gegeben, sei es, daß die angefochtene frühere Entscheidung hoch-

gehalten werde, sei es, daß die vereinigten Senate eine Rechtsanschauung vertreten, die weder der früheren Entscheidung noch der Ansicht des anrufenden Senates entspricht. Der Gedanke des Gesetzgebers und der von ihm bei der Schaffung des § 136 GVG. verfolgte Zweck ist hiernach klar zu erfassen: Ausgehend von der richtigen Erwägung, daß es Aufgabe des RG. als höchsten Revisionsgerichtshofes sei, die Einheit des Rechtes zu wahren, andrerseits aber auch das Recht innerhalb des Rahmens der erlassenen Gesetze fortzubilden und der veränderten Lebens- und Wirtschaftslage anzupassen, auch Lücken des Gesetzes sinngemäß auszufüllen —, ausgehend von dieser Erwägung wollte der Gesetzgeber mit dem § 136 GVG. eine Einrichtung schaffen, die einmal dem Gedanken der Rechtseinheit dienen sollte, indem sie willkürliche Abweichungen verbot, andrerseits aber durch ein genau bestimmtes Verfahren Abweichungen möglich zu machen und so dem Gedanken der Rechtsfortbildung zu dienen bestimmt war. So glaubte man in Einem zwei berechtigten Forderungen Genüge leisten zu können und mit dem § 136 dem deutschen Rechtsleben besser zu dienen, als durch die Schaffung einer dem englischen Praejudiziensystem ähnlichen Einrichtung, bei der — allerdings mit der bestmöglichen Verwirklichung des Einheitsgedankens verbunden — immerhin die Gefahr einer Erstarrung der Rechtspflege zu besorgen gewesen wäre.

Sehen wir zunächst von einer weitergehenden rein theoretischen Auslegung des juristischen Inhalts von § 136 GVG. ab — sie wird in der Hauptsache weiter unten nachzuholen sein — so ist bei einer allgemein kritischen Würdigung des § 136 und seiner Anwendung durch das Reichsgericht zuerst festzustellen, daß der Gedanke, durch eine Institution zwei sich teilweise überschneidende und kreuzende juristische Zwecke zu verfolgen, zu begrüßen ist, wenn eine Form, eine Gestalt für diesen Gedanken gefunden wird, die seine erfolgreiche und sichergestellte Durchführung möglich macht. Im § 136 aber sind die technischen Mittel zur Verwirklichung des Gedankens nicht gefunden worden. Wenn wir das Ergebnis der nachfolgenden Betrachtung vorausnehmen, so ist festzustellen, daß unsere Vorschrift in ihrer Gestaltung und durch die Anwendung, die sie im RG. gefunden hat, nicht die Verwirklichung der durch sie zu erreichenden beiden Ziele brachte, sondern daß im

Gegenteil trotz ihrem mehr als ein halbes Jahrhundert langem Bestehen der Rechtseinheit zahlreiche gefährliche Breschen geschlagen wurden und andrerseits die Fortbildung des Rechts bei weitem nicht die glückliche und umfassende Förderung erfahren hat, die wünschenswert gewesen wäre. Wenn wir diese Erscheinung nicht nur auf die Formulierung des § 136 und seinen Inhalt, sondern auch auf die Anwendung bezw. Nichtanwendung, die dieser Paragraph in der Rechtsprechung des RG. gefunden hat, zurückführen, so ergibt sich hieraus, daß der Vorwurf nicht allein dem Gesetzgeber gilt, sondern daß dieser sich mit dem RG. in ihn zu teilen hat.

Zunächst freilich ist festzustellen, daß gerade das in § 136 bestimmte Verfahren, dessen Durchführung zur Ermöglichung einer legalen Abweichung notwendig ist, zu breit und zu umständlich ist und zu großen Aufwand an Zeit und an Richterkräften erfordert. Hier muß schon die Tatsache zu denken geben, daß eine Entscheidung der vereinigten Strafsenate heute den Zusammentritt, die Beratung und Entscheidung wohl von dreißig Reichsgerichtsräten fordert, daß eine Tagung des Plenums aber mit seinen ungefähr hundert Richtern bereits die Stärke eines mittleren Landesparlaments aufweist. Sehr zu erwägen wird auch sein, ob diese Vielheit von Beratenden nicht der Intensität der Prüfung und der Verantwortlichkeit nachträglich sein wird, ob nicht etwa eine große Anzahl auftauchender Einzelmeinungen allzu viel Zeit in Anspruch nehmen, und dabei nicht genügend Zeit für die Beratung des wirklich Wesentlichen lassen würde; und dergleichen Gedanken mehr, die von jeher und sehr mit Recht einer übergroßen Besetzung eines Gerichtes entgegengehalten wurden. Hier handelt es sich ja nicht um ein Parlament, das ein Gesetz zu schaffen hat, hier handelt es sich um ein Gericht, das über eine aus dem konkreten Sachverhalt herausgenommene Rechtsfrage entscheiden soll. Und diese Umständlichkeit und Breite des gebotenen Verfahrens haben beim Reichsgericht jene Abneigung gegen den Anruf der vereinigten Strafsenate oder des Plenums hervorgerufen, jenen berühmten horror pleni, der in seinen Weiterungen dazu geführt hat, daß der § 136 nicht nur die Erreichung seiner Ziele sehr ge-

fährdet sah, sondern auch die ihm zugedachte Bedeutung so ziemlich verlor.

Wenden wir uns zunächst dem neben dem Ziel der Wahrung der Rechtseinheit minder wichtigen Punkt,[1] der Fortbildung des Rechts zu, die ja, wie wir gesehen haben, ebenfalls durch die Gewährung einer Abweichungsmöglichkeit gefördert und sichergestellt, zum mindesten aber nicht unterbunden werden sollte. Durch die Anrufung der vereinigten Strafsenate wäre es einem auf Rechtsfortschritt bedachten Senat möglich gewesen eine vom RG. bislang vertretene, aber von der Wissenschaft abgelehnte und bekämpfte Rechtsansicht zu Gunsten einer besseren Rechtssprechung, eines besseren Rechts zu verlassen. Ein weites Gebiet solcher Fragen stünde offen, wo eine von der Gesetzgebung unbehinderte und uneingeschränkte Korrektur an der antiquierten Rechtsprechung des RG. erwünscht wäre. Ein, zwei Hauptangriffspunkte seien hier genannt, um erkennen zu lassen, worum und um welch wichtige Fragen es sich handelt: die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs; die Lehre von der Teilnahme — Fragen, bei denen das RG immer noch an einer von der Wissenschaft fast durchwegs bekämpften und heute von ihr wohl allgemein abgelehnten Rechtsauffassung festhält, wie sie der RG.-Rat von Buri vor gut einem halben Jahrhundert vertreten hat. Oder, greifen wir noch einen Punkt heraus: zuweilen hängt das Reichsgericht noch an seiner früher stets vertretenen Auffassung, daß die Strafe in erster Linie vom Sühnebedürfnis, vom Vergeltungszweck aus zu bestimmen sei und wohl auch der Abschreckungszweck berücksichtigt werden müsse, während der Besserungszweck und der Sicherungsgedanke in den Hintergrund zu treten hätten. (Siehe RG. Str. 58/109); eine Ansicht, die wohl einmal gegolten und viel gegolten hat, die aber heute gerade von den Besten im Lande energisch bekämpft und vom kommenden ST.G.B. grundsätzlich abgelehnt wird. Die angeführten Beispiele zeigen, daß die Rechtsprechung des RG, auch die neueste, eine gewisse Starrheit im Festhalten auch solcher Rechtsanschauungen zeigt, gegen die die Wissenschaft seit Jahren einen energischen Kampf mit überzeugenden Argumenten geführt hat. Nehmen wir

1. in Bezug auf die Zielsetzung des § 136 GVG.

dagegen die Entscheidungen der vereinigten Strafsenate vor und sehen nach, welche Fragen in ihnen zur Behandlung standen. Mit den oben angezeigten und mit anderen wichtigen Kampffragen unseres Rechtslebens hat wohl — wenigstens in letzterer Zeit — keine etwas zu tun. Die vorletzte Entscheidung aus dem Jahre 1915, also vor 16 Jahren ergangen, behandelt eine uns nicht interessierende Frage aus dem Vereinszollgesetz in Verbindung mit den Schlachtvieh- und Fleischbeschaugesetzen; die in der Zeit vom 13. 1. 1915 bis heute angefallene einzige Entscheidung der ver. Strafsenate, Beschl. vom 15. Mai 1926, schließt sich lediglich einem Urteil der vereinigten Strafsenate vom Jahre 1883 an. Einmal handelt es sich hierbei wiederum nicht um eine Frage von allgemein juristischer Bedeutung und weiter bringt die Entscheidung nichts Neues, keinen neuen Rechtsgedanken, da sie das frühere Urteil vom Jahre 1883 lediglich (wörtlich und inhaltlich) bestätigt. Fortgeschritten ist also unsere Rechtskultur durch die Gewährung und die Zuhilfenahme der Plenarentscheidungen sicherlich nicht. Eher und mit mehr Berechtigung muß gesagt werden, daß die Einrichtung, wie sie § 136 GVG darbietet, durch ihre schon gezeigte Umständlichkeit von der Inanspruchnahme abschreckt und damit die dem RG vielleicht schon ohnehin eingeborene oder im Laufe der Zeiten eingebürgerte Starrheit des Festhaltens auch an anfechtbaren und lebhaft angefochtenen antiquierten Entscheidungen noch weiter verstärkt und in ihrer Ausdehnung vergrößert. Bleibt nur noch festzustellen, daß Fortschritte in der Rechtsprechung des RG, soweit es sich um eine Würdigung bereits entschiedener Rechtsfragen handelt, eher durch die Umgehung der im § 136 GVG gebotenen Einrichtungen erreicht wurden, als durch deren Inanspruchnahme. Eine gewiß nicht erfreuliche Erscheinung!

Die Umständlichkeit des vorgeschriebenen Verfahrens und der durch sie verursachte horror pleni haben weiterhin die Bedeutung und Aufgabe, die dem § 136 hinsichtlich der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zugeteilt war, nicht erfüllt. Sinn der Vorschrift ist es, das Nebeneinanderbestehen mehrerer, voneinander abweichender Senatentscheidungen unmöglich zu machen, diese Diskrepanz durch Plenarentscheidungen, Entscheidungen der ver. Strafsenate, zum Ausgleich zu bringen; ein Auseinanderfallen der reichsgericht-

lichen Judikatur in Strafsachen zu verhindern. Wäre dieses Ziel erreicht worden, so dürfte es in einer Rechtsfrage voneinander abweichende Entscheidungen verschiedener Strafsenate nicht mehr geben. (Abweichungen der Senate von ihren eigenen Entscheidungen sind ja, da § 136 eine Abweichung von einer Entscheidung „eines anderen Senates" fordert, ohne weiteres und nicht erst nach erfolgreicher Durchführung des angeordneten Verfahrens zulässig). In der Tat aber gibt es eine sehr große Anzahl voneinander in derselben Rechtsfrage abweichender Entscheidungen verschiedener Strafsenate. Das Praejudizienbuch des RG aber zählt vom Jahre 1879 bis heute nur 31 Plenarentscheidungen der vereinigten Strafsenate auf; in der Zeit vom Januar 1915 bis heute, in einem Zeitraum von 16 Jahren also ist, wie schon hervorgehoben, nur eine weitere Plenarentscheidung (im Jahre 1926) ergangen; eine Entscheidung des Plenums aber, also der ver. Straf- und Zivilsenate, wie sie das Gesetz vom 17. III. 1886 vorgesehen hatte, ist bis heute, also innerhalb 45 Jahren nicht erfolgt. Nur 31 mal ist der in § 136 GVG vorgeschriebene Apparat in Bewegung gesetzt worden — dem aber steht, wie Kitzinger es ausdrückt, eine ungeheure Reihe von „kaum mehr zu zählenden oder auch nur zu schätzenden Widersprüchen gegenüber." Hier sei nur die gewaltige Zahl der Hinweise in den Kommentaren zum RSTGB und zur RSTPO angedeutet, die angeben, daß in dieser oder jener Rechtsfrage das RG bald die eine und bald die andere Ansicht kundgegeben habe; hier, wo wir es mit Fragen der Revision zu tun haben, mag als konkretes Beispiel die mannigfache Beantwortung dienen, die die Frage der Abgrenzung zwischen revisiblem und irrevisiblem Stoff seitens des RG.s erfahren hat. Mannheim hat in seinen Beiträgen[1] auf S. 82 u. f. die Vielgestaltigkeit und Widerspruchsseligkeit einer Unzahl von diesbezüglichen Entscheidungen aufgezeigt. Damit allein ist die Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Zustandes klar vor Augen gestellt. Dieser Zustand verstößt gegen das Verlangen nach Rechtseinheit und Rechtssicherheit, ist zugleich unvereinbar mit der Würde eines höchsten Gerichtes und seinem Ansehen abträglich. Hinter dem Scherz- und Spottwort vom horror pleni verbirgt sich die sehr ernst zu nehmende

1. Zur Lehre von der Revision, Berlin 1925.

Tatsache, daß das deutsche RG, an höchster und erster Stelle zur Wahrung deutschen Rechts berufen, einen für sein eigenes Richteramt aufgestellten Satz nicht nur in ungezählten Einzelfällen, sondern auch durch Ausbildung förmlicher Grundsätze auszuweichen sucht.

2. Bevor wir in eine Untersuchung darüber eintreten, welche Sätze das RG zur Umgehung des § 136 GVG ausgebildet hat, soll noch auf die Frage eingegangen werden, wann dieselbe Rechtsfrage vorliegt — denn diese Prüfung bildet zusammen mit einer Erklärung, was unter einem „anderen Senat" zu verstehen ist, die wichtigste Vorarbeit für eine kritische Betrachtung der oben genannten Grundsätze in der Rechtsprechung des RG. Vorausgehend sei bemerkt, daß eine durchgreifende, jede Einzelheit erfassende Darstellung des rechtlichen Inhalts des § 136 GVG und des gesamten sich um diese Vorschrift gruppierenden Fragenkomplexes Köhler im 5. Band der Festgabe zum 50jährigen Bestehen des RG gegeben hat, aus der für die hier beigezogenen zwei Punkte das Wesentlichste wiedergegeben sein soll. Danach ist für das Vorliegen ein und derselben Rechtsfrage nicht ausschlaggebend der Gleichlaut der Gesetzesbestimmung oder die identische Bezeichnung eines Gesetzesbegriffes; denn das nämliche Wort kann an verschiedenen Stellen seines Vorkommens verschiedene Bedeutung haben. Köhler nennt unter anderem hier als Beispiel das Wort Täter in § 46 und § 50 STGB. Eine Verschiedenheit des Begriffes trotz derselben gleichlautenden Bezeichnung läßt sich andererseits z. B. feststellen zw. strafrechtlichem und zivilrechtlichem „Besitz"; werden sich auch die beiden Begriffe in der Mehrzahl der Fälle inhaltlich decken, so muß dies doch nicht sein. (Siehe hierzu RGST 56/115). Andrerseits kann ein und dieselbe Rechtsfrage auch bei der Anwendung zweier verschiedener Gesetze auftauchen; die Einheit der Rechtsfrage erfordert nicht notwendig Identität des Gesetzes, denn es gibt Rechtsfragen, die über das Anwendungsgebiet des einzelnen Gesetzes hinausreichen, während eine Rechtsfrage andrerseits sich in ihrer Geltung auch auf eine einzelne Rechtsnorm beschränken kann. So wird sich z. B. für die Versuchslehre, für die Lehre vom Begriff der Urkunde oder des Beamten eine Unzahl identischer Rechtsfragen aus den Anwendungsgebieten der verschiedensten Straf-

gesetze finden lassen, während z. B. Rechtsfragen, die sich mit dem Begriff der Fahnenflucht oder dem der Kapitulation auf freiem Felde beschäftigen, auf das Gebiet des Militärstrafgesetzbuches beschränkt bleiben werden. Dies festzustellen ist jeweils Sache des Einzelfalles. So handelt es sich z. B. um dieselbe Rechtsfrage, wenn beim Vorliegen eines allgemein gültigen, das ganze Strafrecht beherrschenden Satzes etwa ein Senat behauptet, auf einen einzelnen Fall finde dieser Satz keine Anwendung, etwa der allgemein geltende Ursachenbegriff komme für ein bestimmtes Delikt nicht in Frage, sondern für dieses gelte eine besondere Causalitätstheorie. Im allgemeinen wird anzunehmen sein, daß zwei Rechtsfragen dann identisch sind, wenn ihr Inhalt und ihre Zielrichtung im wesentlichen dieselben sind und wenn, losgelöst vom Konkreten des Einzelfalls, ihre Beantwortung von denselben Voraussetzungen, besonders hinsichtlich des einzuräumenden Geltungsgebietes, auszugehen hat. Auf das Sonderproblem der Identität von Rechtsfragen, die nicht in zeitlich nebeneinander bestehenden, sondern in historisch aufeinander folgenden Gesetzen ihre Grundlage haben, wird später noch einzugehen sein.

Eine Abweichung liegt vor, wenn ein später entscheidender Senat in seiner Entscheidung einen Rechtssatz anders auslegt, als dies früher ein anderer Senat getan hat; einer Rechtsfrage, die mit einer bereits beantworteten identisch ist, eine andere Deutung und Beantwortung erteilt als die, die der früher entscheidende Senat ihr gegeben hat.

Das RG hat sich, wie wir schon hervorhoben, von der ihm durch § 136 auferlegten Bindung in zunehmendem Maße befreit. Die von den Senaten hier ausgebildeten Grundsätze gehen alle von der Erwägung aus, daß gewisse frühere Entscheidungen nicht die Qualität aufzuweisen hätten, daß die Abweichung von ihnen ein Verfahren nach § 136 GVG erforderlich mache. Hierzu ist von vorneherein festzustellen, daß der § 136 GVG schlicht von Entscheidungen anderer Senate spricht, ohne irgendwelche Unterscheidung zwischen den einzelnen Entscheidungen zu treffen oder anzudeuten. Der Gedanke, daß es Entscheidungen gäbe, von denen erst nach Herbeiführung eines Plenarbeschlusses abgewichen werden dürfe, und andere Entscheidungen, von denen abzuweichen ohne weiteres ge-

stattet sei, taucht in den Motiven zum GVG nicht auf und war auch bei der Schöpfung des § 136 sicher noch nicht vorhanden. Der Gedanke wurde vielmehr erst geboren, als dem RG zur Lockerung der strengen Bindung des § 136 die Umgehung des vorgeschriebenen umständlichen Verfahrens dringend notwendig erschien. Bevor wir aber an die Kritik des dabei vom RG eingeschlagenen Weges gehen, seien kurz die von den einzelnen Senaten in dieser Richtung entwickelten Grundsätze aufgezählt.

Danach liegt eine Entscheidung, die einen von ihr abweichen wollenden Senat zur Anrufung der vereinigten Strafsenate nicht verpflichtet, dann vor:

1. Wenn es sich um eine Entscheidung eines nicht mehr bestehenden Senates handelt oder um eine Entscheidung eines Feriensenates oder Hilfssenates;

2. Wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage erklärt, daß er an seiner früheren Ansicht nicht mehr festhalte;

3. Wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, seinerseits selbst in dieser Rechtsfrage ohne Anrufung der ver. Strafsenate von einer früheren mit der Rechtsfrage befaßten Entscheidung eines anderen Senates abgewichen war;

4. Wenn die Vorentscheidung nach Ansicht des abweichenden Senates nicht auf der Rechtsfrage beruht, von der abgewichen werden soll;

5. Wenn der abweichende Senat erklärt, er hätte in dem Fall, wie er der früheren Entscheidung zu Grunde lag, trotz seines abweichenden Standpunktes ebenso entschieden wie der Senat, von dem er abweichen will, entschieden hat.

Zu 1 ist zu bemerken: Entscheidungen, die diesen Grundsatz aussprechen, finden sich in großer Zahl. Soweit es sich um die Abweichung von einem Feriensenat handelt, vergl. die Herausbildung des Grundsatzes in RGSt. 38, 369 — hier wird (im Hinblick auf die Abweichung) noch nicht betont, daß es sich um die Entscheidung eines Feriensenates handelt —, ferner in RGSt. 44, 197; 58, 383; 60, 411. Ohne Anrufung der ver. Strafsenate ist man ferner von Entscheidungen nicht mehr bestehender oder nicht mehr

als Revisionssenate tätiger Senate abgewichen in RGSt. 60, 178; 61, 341; 61, 364; 61, 391.

Dieses Vorgehen hat von mancher Seite Billigung erfahren, z. B. von Schultzenstein in Buschs. Z. 18, 111 ff.; die Wissenschaft im allgemeinen aber lehnt diese Gedankengänge ab und dies mit Recht. Mißbilligt wird dieser Grundsatz auch durch den 1926 dem Reichsrat vorgelegten Entw. eines Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit.

Um mit dem Feriensenat und einem äußeren Merkmal zu beginnen: die Feriensenate sind ihrerseits qualitativ genau so (mit RG-Räten und einem Senatspräsidenten) besetzt wie die anderen Strafsenate; sie sind ihrerseits, wenn sie abweichen wollen, der Vorschrift des § 136 GVG unterworfen. Ihren Entscheidungen aber andererseits keine bindende Kraft beizulegen, willkürliche Abweichungen von ihnen ohne weiteres als erlaubt, als nicht von § 136 GVG miterfaßt anzusehen, hieße den Feriensenaten eine durch nichts gerechtfertigte untergeordnete Bedeutung zuweisen — ein Vorgehen, das auf Gedankengängen beruht, die dem § 136 GGV fremd und nirgendwo im Gesetz oder in den Motiven zu finden sind. Um aber zum tieferen Grund für die Mißbilligung dieser Grundsätze zu kommen ist wieder auf den Zweck des § 136 zurückzugehen. Dieser sei, so behauptet das Reichsgericht bei der Ausbildung des vorliegenden Grundsatzes, lediglich darin zu suchen, einander widersprechende Entscheidungen mehrerer nebeneinander bestehender Senate in Einklang zu bringen. Diesem Satz darf von uns nicht zugestimmt werden, denn es kann m. E. den Worten „eines anderen Senates" nicht die einschränkende Auslegung zuteil werden „eines anderen im Augenblick der Abweichung noch als Revisionssenat tätigen Senates". Auf die bindende Kraft einer Senatsentscheidung kann eine spätere organisatorisch-technische Änderung im Bestehen der einzelnen Senate nicht den Einfluß gleichsam einer Annullierung ausüben. Würden mit der Aufhebung von Senaten automatisch die die Stetigkeit der Rechtsprechung sichernden Bedingungen für deren bisherige Entscheidungen wegfallen, so könnte das bedenkliche Gefahren für die Rechtssicherheit mit sich bringen. Die Entscheidungen eines Senates, der

später aufhört als Revisionssenat zu bestehen oder als solcher tätig zu sein, gehören zum Rechtsprechungsgut des RG. und müssen ihm auch nach diesem Aufhören noch weiterhin rechtlich angehören. So stellt Köhler a. a. O. mit Recht den Satz auf: Eine aufgestellte Rechtsansicht bleibt unabhänig von dem Bestande der jeweiligen sie aufstellenden Mitglieder eines Senates und von der fortdauernden Zuständigkeit des Senates zur Entscheidung der gleichen Rechtsfragen. — Der vom RG eingeschlagene Weg verstößt also r. A. nach gegen § 136 GVG; er ist demnach gesetzlich unzulässig. Eine Änderung könnte hier nur eine den § 136 einschränkende gesetzliche Bestimmung bringen, an der es aber bisher mangelt. Sie könnte etwa in der Richtung ergehen, daß die Entscheidungen nicht mehr bestehender Senate fünf Jahre (oder auch schon früher) nach Aufhören der Revisionstätigkeit dieses Senates ihre bindende Kraft verlieren. Solche oder ähnliche Regelung wäre auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus zu begrüßen, denn eine Bindung ad infinitum müßte hier deshalb besonders schwer erträglich sein, weil in solchem Fall die Korrektur, die ja jeder Senat seiner eigenen früheren Rechtsprechung zuteil werden läßt, fehlen würde. Einzureihen ist an dieser Stelle auch die mehrfach vertretene Forderung, daß Entscheidungen, die eine gewisse Zeit, etwa 5 oder 10 Jahre, zurückliegen, überhaupt nicht mehr eine Anrufung des Plenums (oder des unten zu besprechenden Einheitssenates) notwendig machen. Diese Forderung erhebt z. B. auch Jahn, der frühere Präsident des Reichsfinanzhofes, in der J. W. 1931/1778. Dieser Forderung wird oft entgegengehalten, daß die Erscheinung zu beobachten sei, daß gerade mit der Dauer der Handhabung eines Rechtssatzes dieser um so sicherer Besitz der Rechtsprechung werde und ein Abgehen von ihm bedenklich sei. Richtig sagt hierzu Petschek — Österr. Anw. Ztg. 1931/238 Spalte 2 —, daß diese Einwendungen falsch gingen, weil die angedeuteten Forderungen nur solche überaltete Entscheidungen aus dem Wege räumen wollen, die innerhalb dieser zeitlichen Zäsur nicht mehr angewendet worden sind; das Kriterium der auszuschaltenden Entscheidungen bildet also nicht allgemein deren Alter, sondern ihre ununterbrochene Nichtanwendung in längerem Zeitraum. Hier sei nochmals erwähnt, daß ja die Senate an ihre eigene Rechtsprechung nicht gebunden sind. Dies ergibt sich

aus § 136 GVG („eines anderen Senates"); ferner ist dieser Satz ausgesprochen in der RGZ 19/275 und 21, 305.

Zu 2: Der hier zu behandelnde Grundsatz der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach auf Anfrage hin abgewichen werden dürfe, hat auch in der Wissenschaft zahlreiche Gönner gefunden. Von einigen, besonders von Beling, der hier dem RG im Ergebnis beigetreten ist (Beling, Str. Prozeßrecht 1928, S. 439 Nr. 1), wird behauptet, daß das Vorgehen des RG sehr wohl mit dem geltenden Recht vereinbar sei. Dem § 136 lasse sich nämlich zwanglos der Sinn unterlegen — und auch der Text des § 136 widerspreche dem nicht —, daß es des Anrufens und eines Beschlusses der vereinigten Senate nicht bedürfe, wenn sich einfachere Mittel bieten würden um das Ziel zu erreichen, dem der § 136 GVG lediglich zu dienen bestimmt sei: die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Andere erklären das Vorgehen wenigstens vom rechtspolitischen Standpunkt aus für begrüßenswert und empfehlen, den reichsgerichtlichen Grundsatz Gesetz werden zu lassen, so z. B. Hellmuth von Weber, a. a. O. S. 14, der — nach Befreiung von den Schlacken — im allgemeinen den vom RG zur Umgehung des § 136 eingeschlagenen „Schleichwegen die gesetzliche Anerkennung verschaffen" will. Besonders eingesetzt für Anerkennung des Anfragesystems in der kommenden Gesetzgebung hat sich Lobe; siehe seinen Bericht über den 35. deutschen Juristentag in Salzburg im 97. Band des Gerichtssaals S. 464. Daß aber das Vorgehen des RG nach geltendem Recht unzulässig sei, hat auch Lobe betont. (Arch. f. R. Ph. Bd. 20/212). Gegen das Vorgehen des RG sprechen sich überzeugend aus: Jourdan[1], Köhler[2], Oetker[3]; Gerland nennt in seinem deutschen Strafprozeß, 1927 S. 46, diese Praxis des RG „ganz mißbräuchlich", begrüßt sie aber wie Lobe de lege ferenda im Gerichtssaal Bd. 100, S. 122 (1931).

Der vom RG eingeschlagene Weg steht in der Tat auch im Widerspruch mit dem geltenden Recht und ist, wie wir sehen werden, de lege ferenda zwar einfach, aber, weil nicht zweckdienlich, nicht zu empfehlen.

1. J.W. 54/929, 2. Festg. Bd. V, 165, 3. J.W. 57/2266,

Zunächst sei noch erwähnt, daß die ältere Rechtsprechung des RG den hier zu betrachtenden Weg noch nicht gekannt hat. Erst im letzten Vorkriegsjahr (RGSt. 48, 400) hat das RG zu diesem Mittel gegriffen. Seit dieser Zeit aber erfreut es sich bei den einzelnen Senaten einer besonders in den letzten Jahren steigenden Beliebtheit. Als Beispiele seien genannt: RGSt. 53/89; 55, 12; 57, 347; 61/391.

Wir haben schon gesagt, daß die Regelung des RG den Vorzug der Einfachheit hat; mit dem geltenden Recht aber ist sie nicht zu vereinbaren. Einmal spricht der § 136 nicht davon, daß ein abweichen wollender Senat die Wahl zwischen der Anrufung der ver. Senate und der Anfrage beim Senat, von dem er abweichen will, hat. Die vereinigten Senate haben doch nicht als Schiedsgericht zwischen zwei Senaten zu entscheiden, das dann durch Einigung zwischen den beiden Senaten umgangen und überflüssig gemacht werden könnte. Es können andererseits die ver. Senate zu einem Beschluß kommen, der keiner der Meinungen der beiden Senate entspricht, sondern eine eigene, also dritte Ansicht darstellt. Auch vom Standpunkt der Logik aus kann nach Ansicht Köhlers die Auffassung des RG nicht bedenkenfrei sein, denn eine dienstliche Erklärung könne keine frühere Entscheidung aus der Welt schaffen, diese bleibe vielmehr trotz der dienstlichen Erklärung des Senates bestehen. Und vor allem hängen an diesem Problem der dienstlichen Anfrage so viele Zweifel und Unklarheiten, die doch auch alle, wenn schon die rechtliche Möglichkeit dieses Instituts aus dem geltenden Recht entnommen wird, nach geltendem Recht gelöst werden müßten. Da aber das geltende Recht hier bei der Lösung dieser Nebenfragen keine Handhabe bietet, liegt der Schluß nicht ferne, daß dieses Institut der Anfrage eben im geltenden Recht unter der Herrschaft des § 136 GVG nichts zu suchen haben wird. Nur ein paar dieser Fragen, nach deren Lösung wir uns bei dem Nichtvorliegen gesetzlicher Regelung vergebens bemühen würden und die uns das Problematische, Unklare, Unsichere und Behelfsmäßige der reichsgerichtlichen Regelung zeigen werden, seien hier genannt: An wen ist die Anfrage zu richten, an die Zufallssenatsbesetzung der nächsten Senatssitzung oder an den Senat als solchen, d. h. an alle Senatsmitglieder? Lobe macht darauf auf-

merksam, daß für die letztere (allein nur in Betracht kommende) Annahme kein gesetzlicher Anhaltspunkt gegeben ist. Genügt aber die Anrufung des Senats in der Besetzung der nächsten Senatssitzung, so besteht die Gefahr einer Zufallsentscheidung. Ist der beantwortende Senat an seine Auskunft, ist der anfragende Senat an die Antwort gebunden? Wie, wenn der anfragende Senat wechselt und die neue Senatsbesetzung ihrerseits an der von ihren Vorgängern bekämpften Meinung festhalten will, der von den früheren Senatsmitgliedern angerufene Senat aber in der Zwischenzeit erklärt hat, daß er seine Ansicht aufgebe? Entsteht hier nicht folgerichtig durch das Festhalten an der früheren Entscheidung eine Abweichung des neuen Senates (wie durch die bloße dienstliche Erklärung vorher nach Ansicht des RG eine Übereinstimmung entstanden sein soll)? Glaubt man wirklich durch die Einführung dieses Systems mit allen seinen ungelösten Zweifelsfragen Rechtseinheit und Sicherheit zu erreichen? Wer hindert die Verwirklichung des (folgerichtigen) Gedankens durch Anfragen bei a l l e n einzelnen Senaten die Plenarentscheidung auch dann zu ersetzen, wenn der befragte Senat, von dem abgewichen werden soll, erklärt, er halte an seiner früheren Ansicht fest? Zieht man diese Folgerung, so zeigt es sich, daß durch die Anerkennung des Anfragesystems die Einrichtung der Plenarentscheidung überhaupt erledigt ist. Soll auch diese letzte Folge aus dem § 136, der eben diese Einrichtung geschaffen hat, herauszulesen sein? Wir sehen, daß die Lösung des RG mit dem geltenden Recht nicht in Einklang gebracht werden kann und daß sie, so wie sie jetzt sich uns darstellt, wegen ihrer Verschwommenheit und Problematik auch de lege ferenda nicht zu empfehlen sein wird — und dies nicht zuletzt auch wegen des klaffenden Unterschiedes zw. der dienstlich — schriftlichen Anfrage und dem herrschenden Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens.

Zu 3 unserer Aufzählung seien als Beispiele genannt: RGSt. 58/24; 60/269; 62/203. Der in diesen Entscheidungen aufgestellte Satz, ein Senat dürfe dann von der Entscheidung eines anderen Senats ohne Anrufung der ver. Senate abweichen, wenn dieser S. selbst bei einer Entscheidung bewußt oder unbewußt von einem Rechtsspruch eines anderen S. es abgewichen war, erscheint bedenklich. Denn daß die frühere ohne Anrufung der ver. Senate ergan-

gene Entscheidung ihrerseits eine vollgültige Entscheidung des RG ist, kann, auch wenn sie unter Außerachtlassung der Vorschriften des § 136 ergangen ist, nicht bestritten werden; eine Sonderbehandlung solcher Entscheidungen sieht § 136 nicht vor. Der aufgestellte Satz ist demnach de lege lata nicht haltbar. Zu dieser Ansicht kommt auch Lobe, a. a. O. S. 211/212; empfiehlt aber die herrschende Übung Gesetz werden zu lassen. Als eine besondere Merkwürdigkeit hebt Köhler, der ebenfalls das Vorgehen des RG ablehnt, hervor, daß andrerseits das RG diese ohne Anrufung ergangenen Abweichungen manchmal keineswegs als unbeachtlich erklärt, sondern (wenn die Abweichung von der weiteren Rechtsprechung des RG anerkannt wird — d. h. in späteren Entscheidungen öfters wiederkehrt —) ihr bindenden Charakter mit der Wirkung beilegt, daß durch sie die frühere Entscheidung des RG, auch wenn keine Plenarentscheidung sich gegen diese ausgesprochen hat, als erledigt abgetan wird. „Wenn" sagt Köhler, der hierzu a. a. O. mehrere Beispiele zitiert, „diese Entscheidungen einen richtigen Grundsatz aufstellen, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß Entscheidungen, die von älteren in zunächst unbeachtlicher Weise abgewichen sind, dann mit irgend einem Zeitpunkt die Kraft erlangen, die älteren abweichenden Entscheidungen ihrerseits unbeachtlich werden zu lassen, sofern die neuen Entscheidungen nicht etwa isoliert bleiben. Es würde sich dann noch fragen, wenn man den Zeitpunkt anzusetzen hätte, von dem ab die ältere Entscheidung nicht mehr geeignet sein soll, für einen sie bekämpfenden Senat den Anlaß zur Anrufung einer Plenarentscheidung zu bieten". Dieses eigentümliche, zwiespältige Vorgehen des RG ist, abgesehen davon, daß es im geltenden Recht nirgendwo begründet ist, auch de lege ferenda nicht zu empfehlen.

Zu 4: An Beispielen aus der Rechtsprechung des RG in neuerer Zeit seien genannt: RGSt. 58/288; 59/141,219; 60/66. In diesen Entscheidungen kehren immer die Formeln wieder: „Abweichend hievon hat der n. te Senat so und so entschieden", oder „im Urteil tritt zwar eine abweichende Rechtsauffassung hervor, doch enthält diese keine bindende Vorentscheidung im Sinn des § 136" — „weil das frühere Urteil nicht auf ihr beruht", oder „weil die abweichende Rechtsansicht nur beiläufig geäu-

ßert wurde.“ Damit ist in unser Recht durch die Praxis des RG in gewissem Maß eine Unterscheidung aufgenommen worden, die wir am stärksten im englischen Recht ausgebildet finden. Es ist die Unterscheidung zwischen vollwertigen Bestandteilen einer Begründung, — auf ihnen beruht die Entscheidung, rationes decidendi — und minderwertigen, beiläufigen Teilen der Begründung, obiter dicta. Hier eine Unterscheidung zu treffen und das Verfahren des § 136 nur bei Abweichungen von Rechtsansichten, auf denen die Entscheidung beruht, zu fordern, dagegen haben sich vor allem Roesner, Schultzenstein a. a. O. und Friedländer im Arch. f. öff. R. ausgesprochen. Doch entspricht es einer alten Erfahrung, daß jeder Richter und besonders der der letzten Instanz seine Entscheidungen nicht nur auf die nötigsten, den Rechtsspruch tragenden Pfosten stützt, sondern daß die Urteile nach allen Richtungen hin ausgebaut werden, von denen her ein Angriff zu besorgen ist, daß Gründe herangezogen und Untersuchungen angestellt werden, die zum rein positiven Aufbau des Urteils nicht notwendig sind. Die ungeheure Fülle der begründenden Sätze in der gewaltigen 50 jährigen Rechtsprechung des RG machen eine solche Unterscheidung notwendig. Zugegeben, daß die Grenzziehung nicht immer ganz leicht und die persönliche Einstellung der Richter, das subjektive Moment, nicht ohne Einfluß ist — wo wäre das nicht der Fall? Eine allgemeine Grenzziehung, die wohl das richtige Maß nach beiden Seiten hin einhält und die Gefahr willkürlicher Zweckentscheidungen und Zweckabgrenzungen zu bannen weiß, hat Köhler a. a. O. S. 163 Anm. 10 gebracht. Er sagt, daß man als wesentliche Bestandteile einer Urteilsbegründung alle diejenigen, aber auch nur diejenigen Bestandteile wird bezeichnen können, bei deren Wegfall das Entscheidungsergebnis nicht mehr gehalten werden kann oder doch als zweifelhaft erscheint. So handelt es sich bei diesem vom RG eingeschlagenen Weg um eine Regelung, die bei der praktischen Unmöglichkeit alle begründenden Sätze der 50 jährigen Rechtsprechung zu katalogisieren, geschweige sie alle im Kopfe zu behalten, als notwendig und zweckdienlich erscheint. Es fragt sich aber, ob diese restriktive Auslegung auch rechtlich zulässig ist. Im Gegensatz zu oben wird man dies hier behaupten dürfen, denn § 136 fordert eine Abweichung von einer Entschei-

dung. Legt man hierauf den Ton, so kann man daraus die Berechtigung zur restriktiven Auslegung entnehmen. Siehe auch Löwe-Rosenberg, STPO, 1929, § 136 GVG Anm. 4. Die Annahme, daß § 136 nur der wesentlichen Begründung der Entscheidungen bindende Wirkung beilegen will, wird rechtlich m. E. wohl haltbar sein.

Zu 5. Beispiele: RGSt. 56/60; 58/24. Köhler stellt, soweit ich sehe, die hier auftauchenden Fälle den unter 4 behandelten gleich. Ich glaube, daß ein Teil der Fälle, bei denen das RG diese Argumentation, der abweichende Senat hätte im früheren Fall trotz der gegenwärtigen Abweichung genau so entschieden, anwendet, mit den unter 4 behandelten zusammenfällt; in den anderen Fällen wird tatsächlich eine Verschiedenheit der Rechtsfragen vorliegen, bedingt durch die Verschiedenheit der den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte. Im allgemeinen stellt diese Begründung des RG sich nicht allzu häufig ein.

Bestritten ist, ob Abweichungen von Rechtsfragen, die ein Senat in erster Instanz entschieden hat, geeignet sind eine Plenarentscheidung notwendig zu machen. Das Gesetz enthält hier eine Lücke, denn § 136 hat nur die Revisionssenate im Auge, zumal es bei seiner Entstehung reine erstinstanzliche Senate noch nicht gab. Mit Recht bejaht der Komm. von Lö.Ro., 17. Aufl., § 136 Nr. 2, diese Frage. Erstinstanzielle Senate haben nicht nur Tatfragen, sondern auch Rechtsfragen zu entscheiden; sie sind nicht nur erste Instanz, zugleich auch letzte Instanz, und sie sind vollwertige Senate des RG, besetzt wie die anderen Senate. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum sie nicht ihrerseits an die Rechtsanschauungen anderer Senate gebunden sein sollen und warum andrerseits nicht auch ihre Entscheidungen bindend im Sinne des § 136 sein sollen. Es wäre kaum verständlich, wenn die erstinstanzlichen Senate bei Auslegung von identischen Rechtsfragen untereinander und von den Revisionssenaten willkürlich abweichen dürften. Die Frage der gegenseitigen Bindung zwischen erstinstanzlichen und Revisionsstrafsenaten wird entgegen Lobe, der die Frage a. a. O. für zweifelhaft hält und sie eher verneinen will, im Sinn des angeführten Kommentars zu bejahen sein. —

3. Dieser kurze Überblick hat uns gezeigt, wie — bald berech-

tigt, bald in unberechtigter Umgehung (und zwar meistens durch diese) — das RG dem vom § 136 vorgeschriebenen Verfahren und damit den Plenarentscheidungen auszuweichen weiß. Auch über das Warum dieses Vorgehens haben wir schon gesprochen und dabei auf die Umständlichkeit des von § 136 angeordneten Verfahrens hingewiesen. Diese Umständlichkeit allein aber dürfte die vom RG eingeschlagenen Umwege keineswegs zu rechtmäßigen machen, ja könnte sie nicht einmal entschuldigen, wenn es dem RG nicht praktisch unmöglich wäre, überall, wo es erforderlich ist, das von § 136 angeordnete Verfahren einzuschlagen. Die Durchführung dieses Verfahrens erfordert lange Zeit und viele Arbeit — beides aber kann das RG infolge seiner Überlastung nicht mehr aufbringen. Da wir später noch einmal in ausgedehntem Maße uns mit der Frage der Überlastung des RG und der bereits versuchten Entlastung zu beschäftigen haben (bei der Betrachtung der Zuständigkeitsverteilung in Revisionssachen), so interessiert uns die Frage der Überlastung hier nur soweit, als sie in Verbindung mit § 136 steht.

Die Arbeit, die der einzelne Senat für sich zu leisten hat, ist eine so große, daß durch sie allein schon seine Zeit und seine Arbeitskräfte voll in Anspruch genommen werden, daß also eine öftere Anrufung der ver. Senate ihm die Zeit wegnimmt, deren er dringend zur Erledigung seiner gewöhnlichen Rechtsprechungsaufgaben bedarf. Bedeutet doch eine Plenarentscheidung nicht mehr, als daß sämtliche Mitglieder der einzelnen Senate von ihren laufenden Arbeiten weg zur Entscheidung von Rechtsfragen gerufen werden, die sie, soweit sie nicht Mitglieder des abweichenden Senates oder des Senates, von dem abgewichen werden soll, sind, vom Standpunkt der Geschäftsverteilung aus unmittelbar eigentlich nichts angehen. Eine gewisse Entlastung ist schon früh durch die Novelle vom 17. 3. 1886 eingetreten, wonach die ver. Senate nicht mehr über die Sache als solche, sondern nur mehr über die strittige Rechtsfrage zu entscheiden haben. Die Plenarentscheidung stellt also kein Urteil mehr dar, sondern einen Beschluß. Diese „Entlastung“ ist aber oben schon stillschweigend berücksichtigt; ihre Anführung stellt darum keine Einschränkung der obigen Darlegungen dar.

So kommen wir zusammenfassend zu dem Ergebnis: die Ziel- und Zweckrichtung des § 136 ist gut. Das angeordnete Verfahren

aber ist vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet nicht begrüßenswert, erfordert es doch bei der ohnedies bestehenden Überlastung des RG einen zu großen Aufwand an Zeit und Arbeitskräften. Das Verfahren wird deshalb nicht angewendet und schädigt so die von ihm zu fördernden Bestrebungen nach Rechtseinheit und Sicherheit, unterbindet auch die notwendige Fortbildung des Rechts. Das bedeutet aber, daß der § 136 GVG die ihm zugeteilten Aufgaben nicht zu erfüllen imstande ist. Die Wichtigkeit der verfolgten Ziele erfordert darum eine Neuregelung.

Die Neuregelung kann davon ausgehen, daß der § 136 verschwinden solle und der in ihm vertretene Gedanke der Ausgleichung widersprechender Rechtsansichten durch Plenarentscheidungen auch in veränderter Gestaltung nicht wiederkehren dürfe, sondern daß eine Neuschaffung anderer Einrichtungen zur Wahrung der Rechtseinheit angegangen werden müsse, daß die Plenarentscheidung anderen zur Aufrechterhaltung der Rechtseinheit geeigneteren Mitteln zu weichen habe. — Am weitesten geht hier die Forderung den Urteilen der einzelnen Senate Praejudizialcharakter zu verleihen und zwar, was für die hier angestellte Betrachtung zunächst wichtiger ist, nicht nur in Richtung zu den Untergerichten hin, sondern mit Wirkung innerhalb des RG selbst. Das heißt aber, daß kein Senat von der Entscheidung eines früheren Senates abweichen darf und die Abweichung auch nicht durch einen Beschluß der ver. Senate möglich gemacht werden kann. Auch an seine eigenen früheren Entscheidungen soll jeder Senat wie an ein Gesetz gebunden sein. Kurz: jede Entscheidung des RG bindet den Richter, auch den höchsten Richter selbst wie ein Gesetz; diese Bindung kann nur durch Gesetz wieder gelöst werden. Diese schärfste Ausprägung des Praejudiziensystems läßt die Plenarentscheidungen überflüssig werden, ja macht sie unmöglich. Durch die Senatsentscheidungen würde bei solcher Regelung objektives Recht geschaffen, das nur durch Gesetz wieder aufgehoben werden könnte. Von mehreren Wissenschaftlern werden Forderungen in dieser Richtung erhoben; doch findet die geschilderte strengste Form keineswegs die zahlreichsten Anhänger. Immerhin empfiehlt Schiffer in der D.J.Ztg., 1931/657 eine Herübernahme der Einrichtung des englischen Rechts ohne irgendwelche Einschränkungen zu fordern. —

Eine schrankenlose Einführung des Praejudizialsystems im oben angeführten Ausmaß aber ist nicht zu empfehlen. Vor allem ist dabei eine Erstarrung der Rechtsprechung zu befürchten, denn eine Korrektur des Gesetzes wird immer nur dann eingreifen, wenn es einer Allgemeinregelung bedarf, nicht aber wenn es sich um Einzelentscheidungen aus individuellen Rechtsverhältnissen handelt. Hier kann eine schlechte Vorentscheidung (da eine Korrektur durch das Gesetz nicht oder kaum erfolgen wird) in Einzelfällen schlimme, von unserer Rechtskultur aus sehr zu mißbilligende Folgerungen nach sich ziehen. Oder nehmen wir den durchaus nicht so seltenen Fall, daß an den Gesetzgeber plötzlich eine größere Aufgabe herantritt, wie vor einigen Jahren die Schaffung einer Aufwertungsgesetzgebung. Bei der Regelung solcher neuer Aufgaben bringt es deren Natur mit sich, daß der Gesetzgeber willkürlich oder (meist) unwillkürlich einen Raum läßt, der von gesetzlicher Regelung vorderhand noch unberührt, von der Rechtsprechung auszufüllen ist. Wie tastend aber hier die Rechtsprechung vorgeht, bald diesen, bald jenen Gedanken in den Entscheidungen zu verwirklichen sucht, von früheren Ansichten einmal abrückt, um sich ihnen dann wieder zu nähern — bis endlich, oft erst nach geraumer Zeit eine feste Rechtsprechung entsteht, die in der Regel dann auch im wesentlichen festgehalten wird. Sollte hier schon den ersten, oft — wie sich meist erst später zeigt — unhaltbaren Entscheidungen Gesetzescharakter und Gesetzeskraft verliehen sein? Würde das nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung auf einem ihrer wichtigsten Tätigkeitsgebiete lahmlegen, noch dazu auf einem Gebiet, auf dem weder der Gesetzgeber noch irgend eine andere rechtschaffende Institution es mit dem höchsten Gericht an Möglichkeit und Fähigkeiten aufnehmen kann? Hier bedarf es einer Mitarbeit an der Schaffung neuen Rechtes, zu der allein das höchste Gericht berufen ist; diese Mitarbeit aber macht andrerseits eine allmähliche Entwicklung notwendig, die durch den Übereifer der Verleihung mit Praejudizialcharakter nicht schon im frühen Jugendstadium zur Unterbrechung und zu vorzeitigem Erstarren verurteilt sein darf. Zu dem kommt noch, daß unser Rechtsleben einen anderen Entwicklungsgang durchschritten hat, als das englische Recht, das auf jahrhundertelange Tradition zurückblicken kann, — bis auf die kings'bench der Eduar-

de —, eine Tradition, die abschleifend und ausgleichend gewirkt hat, während unsere Rechtsentwicklung einen unruhigen, heftigen, mehr sprungartigen Charakter aufweist. Es will mir nicht als zu schönsten Hoffnungen berechtigend erscheinen, wenn ein gewiß ertragreicher, kräftiger, aber schon alter Baum aus seinem vertrauten Boden, seinem gewohnten Klima in fremde andere Erde, in fremde andere Luft versetzt wird — auch im Rechtsleben wird da immer zu zweifeln sein, ob Blüte und Frucht auch wirklich im erhofften Segen sich einfinden werden. Und schließlich noch eine Zweckmäßigkeitsfrage: Soll jetzt, wo ein neues StGB vor der Türe steht, eine neue StPO und ein neues GVG in ferner Sicht, aber doch in Sicht sind, allen zu dem jetzt noch geltenden, aber bald alten Recht ergangenen Entscheidungen des RG noch geschwind Praejudizialcharakter verliehen werden? Dadurch würde der Kampf zwischen der alten und der neuen Rechtsprechung beim Wechsel der Gesetzgebung um ein Bedeutendes verschärft, den neuen Gedanken des neuen Rechts der Sieg erschwert, die Aufgabe des Richters, vor allem des höchsten, wesentlich verwirrter und schwieriger. Die Gesetzeswelle, die zu erwarten ist, kann Jahrzehnte in Anspruch nehmen, — soll nicht inzwischen die Frage nach der Einführung des Praejudizialsystems zu Gunsten anderer, sofort zu verwirklichender, vielleicht sogar besserer Pläne zurückgestellt werden?

4. Wir könnten demnach die Behandlung der Frage, ob den Urteilen des RG schlechthin Gesetzescharakter zu verleihen sei — eine Frage, die hier, wie nochmals betont sei, nur vom Gesichtspunkt der Rechtseinheit innerhalb des RG selbst aus beantwortet wird — nunmehr verlassen, wenn nicht das Praejudizialsystem in gemilderter, abgeschwächter, aber immerhin noch charakteristischer Form uns noch in anderen Reformvorschlägen begegnen würde. Der Vater dieser Bestrebungen ist Zeiler, der schon in der Vorkriegszeit die Errichtung eines Gerichtshofes für bindende Rechtsauslegung forderte, der das Recht haben sollte Zweifelsfragen bindend, d. h. mit Gesetzeskraft zu entscheiden.[1] In neuerer Zeit kam Blomeyer mit einem verwandten Vorschlag, der dem RG die Befugnis zur Aufstellung abstrakter, nach Verkündung im R.G.Bl. mit

1. Zeiler, Ein Gerichtshof für bindende Rechtsauslegung, 1911.

Gesetzeskraft ausgestatteter Rechtssätze zusprechen wollte.[1] Ohne uns weiter auf eine nähere Betrachtung dieser Vorschläge einzulassen sei auf den eine Verbindung zwischen unserem deutschen Plenarentscheidungssystem und dem englischen Praejudizialsystem erstrebenden Plan Gerlands übergegangen. Gerland regt an (im G.S. Bd. 100, S. 124) sämtlichen Entscheidungen, die neue Rechtsfragen und zwar rationes decidendi behandeln, Praejudizialcharakter zu verleihen. Der entscheidende Senat selbst sollte die bindende Kraft seiner Rechtssprüche aussprechen können. Die Entscheidungen sollten aber dann nur in Richtung gegen die Untergerichte hin Gesetzeskraft haben; die einzelnen Senate selbst sollten, damit die Entwicklung der Rechtsprechung, die Fortbildung des Rechts nicht abgedrosselt wird, untereinander nicht enger an ihre Entscheidungen gebunden sein als bisher. Das heißt: Jeder Senat soll willkürlich von seinen eigenen Entscheidungen, von denen anderer Senate dann abweichen dürfen, wenn die von ihm angerufenen ver. Senate, d. h. die Plenarentscheidung, eine Abweichung in seinem Sinne beschließen (a. a. O. S. 130 unten). Die Plenarentscheidungen aber sollten auch gegenüber den einzelnen Senaten Gesetzeskraft haben. Da Gerland nicht die Anrufung der ver. Strafsenate fordert, sondern die Bildung eines weniger stark besetzten „großen Senates" für Plenarentscheidungen empfiehlt — ein Plan, der später unsere Billigung erfahren wird — könnten wir seinem Vorschlag, soweit er der Wahrung der Rechtseinheit innerhalb des RG. dienen will, zustimmen. Gegen seine Forderung aber, den Senatsentscheidungen bindende Wirkung, Gesetzeskraft gegenüber den Untergerichten zu verleihen, erheben sich starke Bedenken, die uns später noch beschäftigen werden. Hier seien diese nur angedeutet und auf Seite 66 ff. der Arbeit verwiesen. — Diese Bedenken aber zwingen uns, von einer Verwirklichung des Gerlandschen Vorschlages abzuraten. — Ein anderer Vorschlag, den wir im Vorausgehenden schon einmal berührt haben, geht dahin, die vom RG. eingeschlagene Fortbildung des § 136 GVG., wenn man die vom RG. ausgeübte Drosselung und Beschneidung „Fortbildung" nennen will, von ihren Schlacken zu befreien und den dabei betretenen Schleich-

1. Blomeyer, Arch. f. R. Pflege in Sachsen, 1930, S. 75 ff.

wegen gesetzliche Anerkennung zu verschaffen. Diesen allgemeinen Vorschlag bringt Hellmuth von Weber in seiner Jenaer akademischen Antrittsrede, die er der „Rechtseinheit und Rechtsprechung“[1] widmete; andere wie z. B. Lobe raten dazu, einzelnen dieser Umwege die gesetzliche Anerkennung nicht zu versagen, worauf schon oben jeweils hingewiesen wurde. — Wir haben aber gesehen, daß die meisten dieser vom RG. ausgebildeten Grundsätze, vor allem die beiden wichtigsten betr. die Anfrage und die Abweichung von Ferien-, Hilfssenaten oder von der Rechtsprechung nicht mehr als Revisionssenate tätiger Senate auch rechtspolitisch betrachtet nicht zu begrüßen sind. Die Fortbildung des § 136 von ihren Schlacken befreien, hieße also gemäß unserer Anschauung diese beiden, die Mehrzahl der Abweichungen ergreifenden Grundsätze aufgeben. Dann aber würde die alte Not mit dem § 136 nur in verstärktem Maße zum Vorschein kommen; ein Erfolg durch diese Maßnahme nach keiner Richtung hin erreicht werden. Die Rechtseinheit würde in der Hauptsache denselben Gefährdungen ausgesetzt sein wie bisher; an Stelle der Anfrage und der Unbeachtlichkeit der Entscheidungen der Hilfs- und Feriensenate würden — wenn der Gesetzgeber die Unhaltbarkeit dieser Grundsätze aussprechen würde — neue Umwege gesucht und sicher auch gefunden; das von § 136 GVG. vorgeschriebene Verfahren würde wie bisher in äußerst seltenen, durch jahrelange Zwischenräume getrennten Fällen und wiederum vielleicht nur bei nichtigen, unbedeutsamen Fällen zur Anwendung gelangen. Einheit und Sicherheit des Rechts würde die „gesetzliche Anerkennung der Schleichwege“ also gewiß nicht bringen. Der gegenwärtige Stand unseres Problems ist sicher nicht zu begrüßen — auch von Weber anerkennt das; die gesetzliche Normierung und Anerkennung dieses unsicheren Zustandes könnte — auch nach Befreiung von den Schlacken — nicht einmal wünschenswert sein, weil dies die Ohnmacht des Gesetzgebers zur Regelung eines Mißstandes bedeuten würde.

5. Eine dritte Reihe von Vorschlägen erwartet vom künftigen Gesetzgeber weder eine Herübernahme des englischen Prae-

1. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 66, H. v. Weber, Rechtseinheit und Rechtsprechung, Tübingen 1929.

judicialsystems noch eine gesetzliche Anerkennung der vom RG. geübten Praxis. Sie bleibt im Gegenteil auf dem Gedanken der Beseitigung der Widersprüche in der Rechtssprechung des höchsten Gerichts durch Plenarentscheidungen bestehen, will aber durch Vereinfachungen in der Form die Möglichkeiten der Plenarentscheidungen erleichtern — vor allem den horror pleni, die Scheu vor der Anwendung des § 136 verjagen. Ein einfacher Gedanke: dem Verfahren die Umständlichkeit, vom RG. dadurch die Notwendigkeit des Beschreitens von Umwegen und das „Recht" hierzu zu nehmen, damit den horror pleni zu Fall zu bringen und durch die Einfachheit des Zeit und Arbeitskräfte sparenden Verfahrens der Plenarentscheidung den Weg zu ihren Zielen zu ebnen und sicher zu stellen. — Die Verwirklichung dieses Gedankens soll auch der Entlastung des RG. dienen; durch die Vereinfachung des Verfahrens bei Plenarentscheidungen wird es nicht notwendig, daß alle Richter ihre laufenden Arbeiten verlassen, da nur ein Teil der Besetzung eines Senates zur Plenarentscheidung herangezogen werden soll. Freilich wird andererseits eine Vermehrung der Plenarentscheidungen notwendig, denn die meisten der oben bezeichneten Umwege werden nicht mehr zuzulassen sein; die von ihnen bisher erfaßten Fälle müssen Gegenstand einer Plenarentscheidung werden. Damit aber würde das RG. wieder belastet. Dazu ist zu sagen, daß von einer Neubelastung nicht die Rede sein kann, wenn jetzt das RG. zur Erfüllung seiner alten Aufgaben auch einmal angehalten wird; weiterhin aber darf eine Entlastung des RG. nicht auf Kosten der Rechtseinheit und -Sicherheit erfolgen, solange es möglich ist durch keineswegs übergroße finanzielle Mittel der Überlastung zu begegnen. Hierzu später noch ein Wort! Vorauszugehen hätte der Vereinfachung des Verfahrens eine Klarstellung und mäßige Einschränkung der eine Anrufung des Plenums notwendig machenden Entscheidungen. Wir haben oben schon die hier gegebenen, rechtlich und rechtspolitisch einwandfreien Möglichkeiten besprochen. Heute sind die Senate des RG. an alle Entscheidungen, an die veröffentlichten wie nichtveröffentlichten gebunden. Bei dem ungeheuren, über fünfzigjährigen Rechtsprechungsgut des RG. wird es gut sein die Bindung, wie dies durch Gesetz für den Reichsfinanzhof bestimmt ist, auf vom RG. veröffentlichte Entscheidungen zu be-

schränken und die Senate nur an die darin enthaltenen Sätze gebunden sein zu lassen, die sich als rationes decidendi, als Entscheidungssätze darstellen. Über eine besondere Herausstellung dieser Sätze siehe weiter unten. Beigefügt sei noch, daß diese Regelung dem RG. bezw. seinen Senaten ermöglicht zu bestimmen, welche Sätze es für besonders wichtig und darum als von der Rechtsprechung allgemein aufzunehmende hält. Zum ersten Mal, soweit ich sehen kann, taucht der Gedanke der Beibehaltung aber Vereinfachung des Systems der Plenarentscheidungen auf in einem Vorschlag des Oberreichsanwalts im April 1923, dem offensichtlich ein Verfahren, wie es die auch sonst vielfach vorbildliche RAbgO. in ihrem § 46 entwickelt hat, vorschwebt. Sein Plan ging dahin, die Plenarversammlung durch einen „großen Senat", d. i. einen für den einzelnen Fall zu bildenden Ausschuß, bestehend aus dem Präsidenten und je zwei Räten eines jeden Strafsenates, zu ersetzen. Für diesen Gedanken aber war damals das RG. nicht zu gewinnen. (Lö.-Ro., GVG. § 136 N. 4 am Ende.) In den folgenden Jahren aber ist dieser Vorschlag immer wiedergekehrt und hat im Jahre 1926 Niederschlag gefunden im Entwurf eines „Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit". Dieser wollte das Plenum der vereinigten Zivil- und Strafsenate durch einen aus 15 Mitgliedern bestehenden großen Senat (§ 4 und § 5 des Entwurfes; vergl. Drucksachen des Reichsrats, 1926, Bd. 1 Nr. 39) ersetzt wissen.

In letzter Zeit haben zu unserem Problem der Ersetzung des Plenums oder der ver. Straf- oder Zivilsenate durch einen großen Senat Stellung genommen: Köhler in der Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des RG., im 5. Band, S. 159 ff. VII, der den Vorschlag zur Erwägung stellt und ihm beitritt; Kitzinger am selben Ort, S. 253 ff., der in dem Plan das beste Mittel zur Beseitigung des horror pleni erblickt; neuestens Gerland im schon angeführten Band des Gerichtssaals, der den Gedanken keineswegs ablehnt, seine Verwirklichung aber einspannt in die Durchführung des von ihm empfohlenen Praejudizialsystems (siehe Seite 119 ff. und S. 132 c. mit Anm. 104).

Wenn wir uns nochmals daran erinnern, daß ein Zusammentritt der ver. Strafsenate heute an die 30 R.G. Räte, ein solcher des

Plenums wohl 100 RG. Räte[1] zur Beratung und Entscheidung zusammenruft, so können wir uns eine solch übergroße Besetzung eines Gerichtshofes heute nur mehr damit erklären, daß darin der bei der Abfassung des GVG. herrschende Gedanke „größer Gericht — besser Gericht" seine höchste Verwirklichung zu finden bestimmt war. Auch unsere heutige Rechtskultur weiß, daß in Sachen, in denen allein das Technische, die formelle und materielle Prozeßleitung große Anforderungen stellt, ein einmänniges Gericht hinter das Kollegium zurücktreten muß, daß dieses eine bessere Gewähr für einen vollendeten Urteilsspruch bildet. Daß aber mit jeder größeren Anzahl von Richtern stets eine bessere Entscheidung verbunden sein müsse, daß mit steigender Richterzahl die Entscheidung immer trefflicher und besser werden müsse — dieser Gedanke wird, wenn jemals, so jedenfalls heute nicht mehr festgehalten. Man weiß, daß es auch bei der Besetzung der Gerichte ein Optimum gibt, bei dessen Überschreiten ein Zurückgehen des Erfolges zu beobachten ist. Im Kollegialverfahren liegt das Gefahrenmoment, daß der einzelne Richter im Kollegium untergeht, daß die eigene Aktivität des Einzelnen zurücktritt, daß die Verantwortung und das Verantwortungsgefühl nicht verschwindet aber doch Einbuße erleidet, gemindert wird. Darum steht nichts im Wege, daß das Kollegium, das nach § 136 zum Ausgleich widersprechender Ansichten mehrer Senate tätig zu werden hat, in seiner Mitgliederzahl beträchtlich herabgesetzt wird. Köhler schlägt a. a. O. einen Senat für einheitliche Rechtsauslegung in Zivilsachen, einen für die Auslegung in Strafsachen vor, die an die Stelle der ver. Zivilsenate und an die Stelle der ver. Strafsenate zu treten hätten; für das heutige Plenum käme dann sinngemäß eine Zusammenlegung der zwei Senate in Frage. Von den Senaten sollte jeder mit 9—11 Richtern besetzt sein; den Vorsitz könnte bilden der Reichsgerichtspräsident und zwar entweder im Zivilsenat sowie im Strafeinheitssenat und in deren Zusammenschluß oder nur im letzteren; in den beiden Einheitssenaten hätte dann den Vorsitz der dienstälteste Präsident der Zivilsenate bezw. der Strafsenate. In diese Einheitssenate wären aus jedem Senat

1. nach dem statistischen Jahrbuch für das deutsche Reich war die Zahl der Richter am RG. 1917: 103, 1923: 103, 1929: 95.

ein Richter, aus dem Senat, der abweichen will, und dem, von dem abgewichen werden soll, je zwei Richter zu rufen. Über die Auswahl dieser Richter könnte man sich noch einig werden; hier sind verschiedene Wege denkbar. Eines aber müßte dabei zu berücksichtigen sein: die Ausschüsse müßten, wie Gerland a. a. O. S. 122, es fordert, ständige Einrichtungen sein und ein schneller Wechsel der Besetzung wäre zu vermeiden. Oetker, der im Gerichtssaal Bd. 74 S. 270 Anm. 3 das Gegenteil, nämlich Wahl nur auf die Dauer eines Jahres fordert, kann damit nicht gehört werden. Denn es bestünde die Gefahr, daß mit zu schnellem Wechsel sich ein Übereifer in der Geltendmachung abweichender Meinungen der aufeinanderfolgenden Besetzungen zeigen würde, was der Einheit und Sicherheit des Rechts wohl nicht gerade zuträglich wäre. Diese vielleicht zu erwartende Erscheinung kann nicht als Argument gegen die Errichtung eines in seiner Mitgliederzahl beschränkten Einheitssenates geltend gemacht werden, denn auch bei der Abstimmung im Plenum oder in den ver. Senaten konnten bisher gegenteilige Meinungen oft nicht gehört werden, so daß also die Beschränkung der Mitgliederzahl in den Einheitssenaten keine neue oder erhöhte Gefahr der Nichtberücksichtigung von stärker vertretenen Meinungen enthält. Der Einheitssenat wäre wie bisher die ver. Senate zum Ausgleich einander widersprechender Ansichten der einzelnen Senate bestimmt. Auch ihm würde zur Entscheidung nur die strittige Rechtsfrage vorzulegen und nur diese von ihm zu entscheiden sein. — Gestaltung und Aufgabe des zu schaffenden Einheitssenates sind damit im großen umrissen und gekennzeichnet. Noch erhebt sich die Frage, auf wessen Anrufung hin der Einheitssenat zusammenzutreten und wann er einen Einheitsbeschluß zu fassen hat. Im geltenden Recht ist es so, daß das Plenum, d. h. hier die ver. Strafsenate auf Anrufung des Präsidenten des abweichenden Senates hin zusammentreten und zunächst entscheiden, ob ein Dissens vorliegt. Erst wenn dies bejaht wird, treffen die ver. Senate den den Dissens beseitigenden Beschluß. Eine Verpflichtung zur Entscheidung wird also durch die Anrufung allein noch nicht geschaffen. Diese Regelung könnte auch mit unserem Vorschlag verwirklicht werden, der Einheitssenat hier in die Stellung der ver. Strafsenate einrücken. Doch ist zu diesem Punkt ein anderer

Vorschlag — allerdings im Hinblick auf das österreichische Recht — auf dem 5. deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei von Professor Petschek, Wien, eingebracht worden. Dieser Tagung legte Petschek ein sehr ausführliches und instruktives Gutachten, das sich ausschließlich mit der Sicherung einer einheitlichen Judikatur der obersten Gerichte befaßte, vor.[1] Hiernach sollte das Rechtseinheitsverfahren einzuleiten sein durch Beschluß eines aus den drei ranghöchsten Richtern des obersten Gerichtes bestehenden Vorprüfungssenates oder auch auf Antrag des Vorsitzenden eines Spruchsenates (unter Aussetzung seiner Entscheidung), wenn die Mehrheit des Spruchsenates von einer Rechtsanschauung abzuweichen gedenkt, die das oberste Gericht bis dahin in seiner Rechtsprechung ständig festgehalten hat. Dieser Vorschlag geht also dahin, die Entscheidung, ob ein Rechtseinheitsverfahren stattfinden soll, nicht dem Rechtseinheitssenat selbst, sondern einem Vorprüfungssenat zu übertragen. Dieser Plan würde für uns bedeuten, daß die Anrufung des Einheitsverfahrens nicht an den Rechtseinheitssenat, sondern an diesen zu bildenden Vorprüfungssenat zu richten ist. Man wird entgegenhalten, daß damit eine Verschleppung herbeigeführt werde. Darauf aber ist zu erwidern, daß es sich nicht um eine Vermehrung, sondern nur um eine Verteilung der Arbeitslast handelt und daß damit auch eine gewisse Entlastung des Rechtseinheitssenates und eine Beschleunigung des Verfahrens vor ihm erreicht wird, da ihm die sonst notwendige Vorprüfung erspart wird. Zu erwägen wäre also der Gedanke wohl, besonders wenn die Frage der Besetzung dieses Vorprüfungssenates, die sich etwa aus dem RG.-Präsidenten und den zwei rangältesten Senatspräsidenten zusammenstellen könnte, keine zu erheblichen Schwierigkeiten bietet. Im weiteren Ausbau dieser Bestrebung noch an die Schaffung eines „Übersichtsamtes" zu gehen, scheint mir nicht notwendig und — als zur Überorganisation neigend — nicht zweckdienlich. Die Anrufung des Vorprüfungssenates wäre nicht nur den Präsidenten der einzelnen Spruchsenate möglich zu machen, sondern im Interesse der Rechtseinheit auch dem Oberreichsanwalt und den Präsidenten der OLG.e — ein

1. Fünfter deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei, Gutachten (Reichenberg 1931) S. 83—134. Siehe auch österreichische Anwaltszeitung, Wien, 8. Jahrgg. 1931, S. 229 und S. 237.

Gedanke, den auch Köhler a. a. O. befürwortet. Schließlich könnte auch der Vorprüfungssenat, — was Petschek zunächst und als erste Möglichkeit ins Auge faßt — von sich aus eine seiner Ansicht nach unter den Spruchsenaten verschieden beantwortete Rechtsfrage dem Einheitssenat zur Entscheidung vorlegen. Die weiterhin von Petschek geforderte Bildung von Fachsenaten scheint mir für unser strafrechtliches Gebiet von geringerer Bedeutung zu sein. Aus mancherlei Gründen aber wäre es zu begrüßen, wenn Petscheks mit Nachdruck geforderter und auf lebhafte Angriffe[1] energisch verteidigter Plan, in den Einheitssenat Rechtslehrer — nicht als mitentscheidende Richter, sondern als referierende Berichterstatter — beizuziehen, bei uns verwirklicht werden könnte. Die Beiziehung sollte nach der Reihenfolge einer für längere Zeit festgelegten Liste erfolgen. Die Berichterstattung würde in den Einzelfragen jeweils einen Überblick über die von der Rechtswissenschaft zur strittigen Frage eingenommene Stellung zu geben haben. Daß es akademische Berichterstatter gebe, die dem Einheitssenat nur die eigene Theorie unter Unterdrückung der weiteren Forschung vortragen würden, bezeichnet Petschek mit Recht als ein Produkt sonderbarer Angstträume. Mit der Verwirklichung dieses Gedankens Petscheks würde ein Ziel erreicht, das vielen seit langem vorschwebt und schon vor gut 25 Jahren in der vom Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht herausgegebenen Festschrift zum 25jährigen Bestehen des RG. in einem Aufsatz von Boyens als Ideal hingestellt worden war: Theorie und Praxis, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, Rechtslehrer und Richter stehen nebeneinander als Schildträger der deutschen Rechtseinheit. —

Wir kehren zu den auf deutscher Seite angeregten Gedanken zurück. . . Ein weiterer Vorschlag, der innerhalb dieses Rahmens vorgebracht wird, geht dahin, die Anrufung des Rechtseinheitssenates nicht nur vor Erlaß des Urteils des abweichenden Senates zuzulassen, sondern das Einholen eines Spruches des Einheitssenates auch noch eine gewisse Zeit nach dem Ergehen der abweichenden Entscheidung zu ermöglichen. Dieser Gedanke ist sichtlich beeinflußt von einer ähnlichen Regelung, die seit langem das österreichische Strafprozeßrecht enthält, und steht in engem Konnex mit dem oben er-

1. Bettelheim, österr. Anwaltszeitung 1931 S. 191 ff.

wähnten Vorschlag, die Anrufung des Einheitssenates auch durch die R.-Staatsanwaltschaft zu ermöglichen. Eine Anrufung durch die Reichsstaatsanwaltschaft käme doch in der Regel erst nach Erlaß des abweichenden Senatsurteils in Frage. Weiterhin hätte ein im Sinne des Anrufenden ergehender, also eine Abweichung seitens des Senates bejahender Einheitssenatsbeschluß dann, wenn der Einheitssenat innerhalb 3 Jahren nach Zustellung des Senatsurteils[1] angerufen worden war, grundsätzlich die Bedeutung eines Wiederaufnahmegrundes des Verfahrens zu enthalten; der wiederaufnehmende Senat wäre dann in diesem konkreten Fall an die Rechtsansicht, wie sie der Rechtseinheitssenat ausgesprochen hat, zu binden. Auch eine später als 3 Jahre nach Zustellung des Senatsurteils angerufene Entscheidung des Einheitssenates sollte zulässig sein, doch diese nicht mehr zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen können. Die zuletzt hier angeführten Gedanken der Ermöglichung auch einer späteren Anrufung des Rechtseinheitssenates — von Köhler a. a. O. vertreten — werden vor allem bei denen auf Widerstand stoßen, die in der Verwirklichung dieses Vorschlages nur die Einräumung einer 4ten Instanz sehen. Von einer 4ten Instanz kann aber solange nicht gesprochen werden, als die Anrufungsmöglichkeit nicht den Beteiligten eingeräumt wird, was ja auch nicht vorgesehen ist. Die Anrufung des Einheitssenates liegt in den Händen der Senatspräsidenten (des RG. und der OLG.e), sowie des Oberreichsanwalts, gleichgültig, ob die Sache vor oder nach dem Urteilsspruch des Senates vor den Einheitssenat gebracht wird. In diesem Zusammenhang sind noch zwei Fragen zu berühren. Petschek regt an, den Spruchsenaten die Aufnahme formulierter Rechtssätze in ihre Entscheidungen aufzutragen. Ob man zu diesem System auch in der Rechtsprechung des RG. übergehen will oder es beim bestehenden Modus belassen will, ist von unserem Standpunkt aus keine Kardinalfrage; die Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung ist davon nicht abhängig. Meist wird gegen Vorschläge in dieser Richtung eingewendet, die Spruchsenate hätten Tatbestände, Sachverhalte rechtlich zu würdigen, nicht aber Lehrsätze zu prägen. Dazu ist zu sagen, daß die juristische Beurteilung immer

1. Es sei hier auf den Zeitpunkt der Urteilszustellung Gewicht gelegt, weil diese allein es möglich macht, die Grundlage des Urteils zu erkennen.

in abstrakt gefaßten Sätzen sich bewegen muß; es muß nur darauf geachtet werden, daß die aus einer getroffenen Entscheidung herauszudestillierenden abstrakten Sätze auch als solche mit der Rechtsanschauung des Spruchsenates, wie sie in der Entscheidung vertreten wird, nicht in Widerspruch stehen. Bewirkt also diese Auszüge aus den Urteilen der entscheidende Senat selbst und zwar mit der nötigen Vorsicht und Nachprüfung der Sätze als solcher, so ist gegen die Einführung dieser Form der Senatsentscheidungen nichts einzuwenden; kommt man doch damit einem in der Praxis auftretenden Bedürfnis nach Übersicht und Eingliederungsmöglichkeit weit entgegen. Als Beispiel diene etwa, wie der bayer. Verwaltungsgerichtshof seine Entscheidungen publiziert.

Die Beschlüsse des Rechtseinheitssenates mit Gesetzeskraft gegenüber den Spruchsenaten auszustatten, scheint mir bei einer diesen Vorschlägen entsprechend getroffenen Regelung nicht mehr nötig zu sein. Auch wäre die damit verbundene Starrheit nicht zu begrüßen, denn der Rechtseinheitssenat sollte auch die Fähigkeit haben, eigene frühere Entscheidungen, die er nicht mehr halten zu können glaubt, aus eigener Initiative oder auf Anregung des Präsidenten eines Spruchsenates hin umstoßen zu dürfen. Doch sollte hierzu (um die Rechteinheitsgarantien zu erhöhen) eine verstärkte Besetzung und eine erhöte Mehrheit der Stimmen vorgeschrieben sein. Für das Maß der erhöhten Mehrheit sind mehrere Regelungen möglich, auf die hier nicht näher einzugehen sein wird. Da in jedem Senat zwei Mitglieder als Mitglieder des Rechtseinheitssenats bestimmt sein müssen (ein „ständiges" Mitglied, das immer dem Einheitssenat angehört, und ein weiteres Mitglied, das nur dann in den Einheitssenat kommt, wenn sein Senat derjenige ist, von dem abgewichen werden soll oder der abweichen will), so wäre die verstärkte Besetzung sehr einfach dadurch erreicht, daß ein Zusammentritt aller Einheitssenatsmitglieder gefordert wird.

Dies sind die Hauptvorschläge, wie sie zum Teil auch Köhler a. a. O. gebracht und gutgeheißen hat, Vorschläge, von deren Verwirklichung man sich mit berechtigter Hoffnung ein Aufhören des gegenwärtigen mißlichen Zustandes und Erfolg in der Richtung des Strebens nach Rechtseinheit und Rechtssicherheit wird erwarten dürfen. Von der Erkenntnis der Gründe des Mißlingens der

jetzigen gesetzlichen Regelung aus wurden neue Vorschläge gesucht, neue Wege, die rechtlich und rechtspolitisch unangreifbar eine Vereinfachung des Verfahrens und damit erleichterte Möglichkeiten zur Erlangung eines höchstgerichtlichen Ausspruchs über die Rechtsauslegung bringen sollen. Darüber hinaus aber noch eine weitere Erleichterung der Möglichkeiten zur Erlangung von Plenarentscheidungen zu schaffen, scheint — wenn auch rechtlich unbedenklich — so doch nicht praktisch und erfolgversprechend. Der Vorschlag auch dem Angeklagten oder Verurteilten, bezw. seinem Verteidiger einen Anspruch auf Anrufung des Einheitssenates einzuräumen, erscheint mir nicht begrüßenswert, auch dann nicht, wenn ein strenger, auf den Nachweis der Verschiedenheit der Rechtsansichten abzielender Begründungszwang und die Möglichkeit der Zurückweisung durch Beschluß wegen offensichtlicher Unbegründetheit gesetzlich festgelegt wird. Es wäre nicht zu begrüßen, wenn durch dieses Zugeständnis der Rechtseinheitssenat etwa als 4te oder im Falle der Schwurgerichtssachen als 3te Instanz betrachtet werden würde — denn damit würde das Ansehen des Rechtseinheitssenates empfindliche Einbuße erleiden. Vor allem wäre auch zu bedenken, daß der Einheitssenat bei der Einräumung solch ausgedehnter Anrufungsmöglichkeit von vorneherein überlastet, gewaltig überlastet würde; er nicht von Fall zu Fall mehr zusammenzutreten hätte, sondern einen eigenen Gerichtshof innerhalb des RG. bilden müßte. Die Plenarentscheidung — dieser Ausdruck wird auch für die Rechtssprüche des Einheitssenates beizubehalten sein — soll nicht etwas Alltäglich-Gleichgültiges werden, auch nicht infolge der von uns gewünschten Erleichterung der Herbeiführung und Durchführung, sondern eine gewisse Seltenheit und ein größeres Gewicht aufweisen, freilich nicht die Seltenheit, die heute dieses Institut zu einem nichtssagenden, ungeachteten, unbedeutenden macht. Ein anderer Vorschlag geht dahin ein höchstes Gericht, in unserem Falle den Rechtseinheitssenat, zu verpflichten auf Anfrage hin seine Ansicht über abstrakt formulierte Rechtsfragen dem Anfragenden kund zu geben und das höchste Gericht später an diese Auskunft gebunden sein zu lassen, wenn die abstrakte Rechtsfrage in einem konkreten Fall ihm zur Entscheidung vorgelegt wird. Das Recht zur Anfrage wird bald für die Richter unterer Gerichte, bald auch für die Staats-

anwaltschaft, daneben auch noch für die Parteien oder die Beteiligten gefordert. Zur Zulassung der Anfrage wird teils die Anhängigkeit der konkreten Sache, der die abstrakte Rechtsfrage entnommen wird, bei einem unteren Gerichte erfordert, teils auf die Rechtshängigkeit verzichtet, aber der Nachweis gefordert, daß ein diesbezügliches Rechtsverhältnis bestünde (!), teils kein Erfordernis in dieser Richtung aufgestellt. Die Schaffung dieser Einrichtung bedeute, so führen die Vertreter dieser Forderungen an, die Erfüllung und Befriedigung eines lebhaften Bedürfnisses der Wirtschaft und schaffe überdies dem RG. Erleichterung und Entlastung, weil bei der Bindung des RG. an seine in dieser Richtung ergangenen Rechtssprüche viele Sachen nicht mehr an das RG. gelangen würden, die sonst vor das RG. gebracht werden müßten. Wir glauben, daß die Zulassung solcher Anfragen der Wirtschaft wegen Kosten- und Zeitersparnissen erwünscht, aber auch vom Standpunkt der Allgemeinheit zu begrüßen wäre — aber die Gefahr für die Rechtssicherheit, die vor allem in der Schwierigkeit der Bejahung oder Verneinung der Identität zwischen vorgeprüfter Rechtsfrage und nachher zu beurteilendem konkreten Sachverhalt begründet wäre, die Neubelastung des RG. durch die äußerst schwierigen Prüfungen dieser Identitätsfragen — deren Ergebnisse wohlgemerkt wahrscheinlich stets unter den Parteien oder Beteiligten aufs lebhafteste angezweifelt und bestritten werden würden —, und endlich die Tatsache, daß das RG. und sein Einheitssenat eben Richter- und nicht Gutachtertätigkeit auszuüben haben, führen uns zur gewiß berechtigten Ablehnung dieser Pläne und Vorschläge, die ohnedies mehr dem Zivilrecht als dem Strafrecht sich nähern. —

Anhang: Die Frage der Bindung des RG. an die zum alten Recht ergangenen Entscheidungen nach Inkrafttreten des neuen StGB.s.

Bevor wir aber die Behandlung der bei Prüfung des § 136 GVG. auftauchenden Probleme und Fragenkomplexe verlassen, haben wir uns noch mit einem zur Zeit und erst recht in den nächsten Jahren akuten Thema zu befassen, das wir am besten mit einer Frage uns vor Augen führen wollen: Ist eine Plenarentscheidung notwendig —

gleichgültig hier, ob es sich um eine Entscheidung der ver. Strafsenate oder des Rechtseinheitssenates für Strafsachen handelt — wenn nach Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches ein Senat bei Auslegung des neuen Gesetzes abweichen will von einer Entscheidung, die ein anderer Senat in einer Rechtsfrage unter der Herrschaft des alten Strafgesetzbuches getroffen hat? Nehmen wir an, daß es beim System der Plenarentscheidungen bleibt und eine andere als die von uns vertretene Änderung des § 136 GVG. nicht Platz greift, so taucht zur Lösung dieses Problems die uns schon bekannte und oben erörterte Frage nach der Identität der Rechtsfragen auf. Neben die allgemeine Frage nach der Identität, auf die, da sie schon erörtert ist, nicht mehr weiter eingegangen werden soll, tritt eine besondere, spezielle Fragestellung: Gibt es überhaupt eine Identität der Rechtsfragen bei zwei zeitlich aufeinanderfolgenden und einander ablösenden, dieselbe Rechtsmaterie behandelnden Gesetzen, wie solche das alte und das neue Strafgesetzbuch darstellen?

Man kann, wenn man an die Lösung dieser Frage geht, zwei Theorien folgen. Entweder man sagt, daß die Einheitlichkeit der Gesetzgebung integrierender Bestandteil der Identität einer Rechtsfrage mit einer anderen ist, daß es also identische Rechtsfragen zwischen zeitlich nebeneinander oder zeitlich aufeinander folgenden Gesetzen nicht geben kann. Diese Theorie, die wir die formale nennen wollen, die also — allein auf den zweifelsohne vorhandenen engen Konnex zwischen Rechtsquelle und Rechtsfrage es abstellend — Identität abstreitet bei formaler Disparität der Rechtsquellen, der Gesetzgebungen, wird vielfach vertreten. Die einzige in Strafsachen zu unserem Problem ergangene Senatsentscheidung — Band 58, S. 110 — vertritt in scharfer Zuspitzung diesen rein formalen Standpunkt. In einem Aufsatz in ZZP. 9, S. 182 ff., stellt Weismann die Frage, ob für die Identität der Rechtsfragen ausschlaggebend sei die Einheit des Gesetzgebungsaktes oder die Gleichheit des Gesetzesinhalts und beantwortet sie gleich darauf mit Ja in Richtung des ersten Gliedes der Alternative, wenn er sagt, daß das oberste Gericht berufen sei nicht die Einheit der Rechtsbegriffe, sondern die Einheit der Rechtsnormen zu überwachen. Freilich ist beizufügen, daß Weismann ausgeht vom § 549 ZPO. und seine Untersuchungen zunächst nur für Fragen des Zivilrechts Bedeutung

haben mögen. Auch wir müssen, wenn wir uns zunächst in der Rechtsprechung des RG. umsehen wollen, auf Entscheidungen, die in Zivilsachen zu unserer Frage ergangen sind, zurückgreifen, weil in Strafsachen hierzu nur die einzige schon genannte Entscheidung vorhanden ist. Auch hier ist in der Mehrzahl der Fälle die „formale Theorie" als Siegerin hervorgegangen: als Beispiele seien genannt RGZ. 83/15; 87/61; 84/15; 105/126.

Der andere Weg, der eingeschlagen werden kann, sagt, daß ein Wechsel der Gesetzgebung wohl sehr bedeutsam für den Charakter der einzelnen Rechtsfragen ist, daß aber trotzdem bei der Feststellung der Identität von Rechtsfragen die Identität des Gesetzes keinen ausschlaggebenden Faktor bildet. Man müsse davon ausgehen, ob die Rechtsfragen inhaltlich, materiell identisch seien; ob sie von denselben rechtlichen Prinzipien beherrschte Begriffe enthielten. Dieser Standpunkt wird vom RG. sehr selten eingenommen; vergl. etwa RGZ. 73/95. Die Literatur aber vertritt ihn fast einhellig, so Lobe (Verhandlungen des 36. deutschen Juristentags Bd. I, S. 5; Köhler a. a. O. S. 160, von Weber a. a. O. S. 10). Hiernach sollte es also auch bei Verschiedenheit der Rechtsquellen identische Rechtsfragen geben. Diese Anschauung ist auch oben vertreten worden. Eine abweichende Ansicht vertritt Hellwig in seinem System des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, S. 79.

Zwei Betrachtungen haben sich in letzter Zeit zum Teil ausschließlich, zum Teil ausführlich mit dem in Frage stehenden Problem unter besonderer Berücksichtigung des kommenden Strafgesetzbuches befaßt: Dohna in der schon öfters zitierten Festgabe S. 30, in einem Aufsatz: „Die Stellung des RG. zum neuen StGB." und Gerland im 100. Band des Gerichtssaals auf Seite 133 ff. unter 2.

Dohna anerkennt die Möglichkeit identischer Rechtsfragen auch bei zeitlich aufeinanderfolgenden Gesetzen. Er geht aber davon aus, daß es nicht so sehr darauf, ob die Frage die gleiche ist, ankomme, sondern darauf, ob die Beantwortung eine verschiedene sein darf. Und deshalb stellt er es ab auf die Intensität des ablösenden Gesetzes, auf seine Kraft alle Probleme des Strafrechts mit neuem Leben zu erfüllen und kommt darum zu dem Satz: „Handelt es sich nur um bloße Neuredigierung eines sachlich nur unwesentlich veränderten Gesetzestextes, so wird eine weitgehende Identität auf-

tauchender Rechtsfragen zu behaupten sein, während ein die Fundamente umfassender Wechsel der Rechtssatzung alle in seinem Bereich auftauchenden Rechtsfragen in neue Beleuchtung rückt, sodaß die Unvereinbarkeit divergierender Sentenzen sich nirgends mit überzeugender Beweisführung dartun läßt. Dann gibt es identische Rechtsfragen überhaupt nicht mehr und jede Bindung an Entscheidungen aus der Vorzeit der neuen Gesetzgebung fällt dahin" (S. 42). Dohna sieht aber im neuen StGB. ein solch umfassendes und durchdringendes Gesetzgebungswerk, daß eine Bindung seiner Auslegung an die früher erfolgte Auslegung des alten Gesetzes nicht angenommen werden dürfe.

Dem widerspricht Gerland energisch. Er hebt hervor, daß der Gesetzgeber in vielen Fällen sogar die Identität der neuen mit der entsprechenden alten Vorschrift besonders betont, daß es außerdem materiell identische Rechtsfragen zwischen den beiden Gesetzen in Fülle geben wird, worauf Lobe a. a. O. S. 6 und 7 ebenfalls hinweist. Durch das Beibehalten der bindenden Wirkung der zum früheren Recht ergangenen Entscheidungen werde auch das RG. nicht in besonders drohendem Maße überlastet, wie Lobe behauptet; im Gegenteil würde ein Aufbau einer von Grund aus neuen Judikatur die Arbeitskraft des RG. unvergleichlich mehr in Anspruch nehmen. Wenn jeder Senat zunächst frei sei, so würden sehr viele Abweichungen und sehr viele das RG. besonders belastende Plenarentscheidungen notwendig werden. Und vor allem warnt Gerland vor der Unterbrechung der Kontinuität der Rechtsentwicklung und dem willkürlichen Aufgeben und Fallenlassen der zum Teil vorzüglichen Arbeitsleistung des RG. aus den 50 Jahren seiner Rechtsprechung.

Wägen wir die Argumente, die beide Wissenschaftler zur Begründung ihrer Ansicht vorbringen, gegeneinander ab, so ergibt sich keine Ungleichheit in ihren Werten: der Gedanke, daß das wirklich in vielem neue Gedanken bringende StGB. unbehindert, aller Fesseln ledig, bei uns, in unserem Rechtsleben Aufnahme finden soll, findet ebenso unseren Beifall wie der von Gerland vorgebrachte, daß die Kontinuität nicht zerrissen, die immerhin noch junge Tradition unserer Rechtsprechung nicht zerstört werden dürfe. Sollte es nicht möglich sein, beide Gedanken zu verwirklichen,

der Tradition und dem Fortschritt zu dienen, das gute Alte mit dem neuen Guten zu vereinigen? Wir müssen anerkennen, daß wahrscheinlich der größere Teil der wirklich wichtigen Rechtsprechung des RG. vom Standpunkt des neuen Rechts aus zum Teil als Ganzes, zum Teil im Einzelnen angegriffen werden könnte; man denke nur an die Lehre vom Versuch, von der Mittäter- und Teilnehmerschaft, von Zweck und Bestimmung der Strafe. All dieses dem neuen Recht und seiner Anwendung unmittelbar im Wege Stehende müßte erst durch Plenarentscheidungen beseitigt werden, wollte man die Bindung gegenüber der alten Rechtsprechung wirklich aufrechterhalten. Die Zahl aber der hier zu erwartenden Plenarentscheidungen steht sicherlich nicht hinter der zurück, die Gerland von der Verwirklichung des Dohna'schen Planes befürchtet. Soll man daraus nicht eher dem Verlangen Dohnas zustimmen und sich darauf verlassen, daß das RG. und seine Mitglieder keineswegs von einem Novitätentaumel erfaßt werden würden, der sie blind für alles Gute der alten, ihrer eigenen Rechtsprechung machen würde? Die Aufrechterhaltung der Tradition und einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung wäre dann, wenn die Bindung an die alte Rechtsprechung des RG. fällt, den treuen Händen langjähriger Diener am Recht anvertraut: eine Sicherung, die mir erfolgreicher und angenehmer zu wirken scheint als ein starres, von manchen vielleicht als Fessel empfundenes gesetzliches Gebot. Das neue Recht aber und was es Treffliches bringt, könnte dann, ohne daß es noch notwendig wäre lästige und geistig-intellektuell schon eingerannte Schranken zerbrechen zu müssen, von der Rechtsprechung und besonders vom höchsten Gericht aufgenommen und von den Prinzipien des neuen Gesetzes aus unbehindert erläutert und ausgelegt werden. Diese Nichtbindung der Senate an die unter dem früheren Recht ergangenen Entscheidungen der einzelnen Senate aber müßte durch eine ins EG. zum neuen StGB. aufzunehmende Bestimmung gesetzlich festgelegt werden um alle Zweifel zu beseitigen, damit nicht in der Rechtsprechung sich eine ähnliche Erscheinung des Hin- und Herwankens zwischen zwei Polen zeigt wie beim Wechsel der Zivilgesetzgebung zu Beginn des Jahrhunderts. Die Nichtbindung würde sich dann auch auf Entscheidungen von Rechtsfragen beziehen, die zu strafrechtlichen Neben-

gesetzen ergangen sind; jedoch nur insoweit, als die von diesen Nebengesetzen geordnete Materie eine Neuordnung im StGB. gefunden hat. Damit wären wir im wesentlichen dem Vorschlag Dohnas beigetreten.

Ein Einwand, der sicher gegen diese Vorschläge eingebracht werden wird, sei vorweggenommen. Es wird mit stärkstem Nachdruck darauf hingewiesen werden, daß bei dem Fortfallen der Bindungen an frühere Entscheidungen die Judikatur der unteren Gerichte, vor allem der OLGe. eine sehr unsichere werden würde; einige würden doch am Alten festhalten, andere würden nach neuer Auslegung und neuen Formen ringen und dabei gewiß oft falsche Wege einschlagen. Da aber in vielen Sachen die OLGe. letzte Instanz seien und es 27 OLG.e gebe, würde eine heillose Zersplitterung und Zertrümmerung der Rechtseinheit die Folge unseres Vorschlages sein. Gewiß — vom Standpunkt der geltenden Rechtsordnung muß diese Folgerung unweigerlich anerkannt werden. Aber diesem Eingeständnis sei gleich die Bemerkung angeknüpft, daß eben dieselbe Folge mit denselben verheerenden Erscheinungen eintreten würde, auch wenn die umstrittene Bindung aufrechterhalten würde. Zur Unterstützung dieser Behauptung seien einige Ausführungen Gerlands wiedergegeben, die er gerade dort bringt, wo er sich gegen das Fallenlassen der Bindung so energisch ausspricht (a. a. O. S. 115). Er sagt und hebt die Wichtigkeit seiner Ausführungen zum Teil durch Sperrdruck hervor: Mit dem kommenden StGB. „existiert zwar ein Gesetz, aber noch keine dogmatische Verarbeitung desselben im einzelnen und im ganzen. Hier besitzt jede erste Revisionsinstanz grundlegende Bedeutung. Denn hier muß die neue Judikatur erst geschaffen werden". Solange also diese neue Judikatur des RG. nicht vorhanden ist — und ihre Entstehung und Vollendung wird wohl eine Reihe von Jahren in Anspruch nehmen! — wird die Rechtsprechung der unteren Gerichte immer unsicher und schwankend, uneinheitlich sein, gleichgültig, ob die Bindung an frühere Entscheidungen besteht oder nicht. Vielleicht macht sogar das gebotene Festhalten der unteren Gerichte an der alten Rechtsprechung des RG. die Kluft zwischen dem neuen RG. und den einzelnen OLG.en noch um ein Bedeutendes größer. Um aber diese mögliche Folge zu unterbinden bringt Gerland neue Vor-

schläge in der Richtung der Übernahme des Praejudizialsystems. Unsere Gedanken zur Verhinderung eines weiteren Auseinandergehens der einzelnen Rechtsprechungen und zur Wahrung der Einheit des Rechts im Verhältnis zwischen Reichsgericht und den Untergerichten, vor allem den OLGen, werden im 2ten Teil der Arbeit zu entwickeln sein. Mit dem Aufzeigen des eben erörterten Problems jedoch haben wir uns schon mitten in die Betrachtung dieser dem 2ten Teil der Arbeit vorbehaltenen Rechtsfragen gestellt.

II. Teil.

Die Bindung der Untergerichte, insbesondere der Oberlandesgerichte an die Rechtsprechung des RG.

1. Eingangs unserer Betrachtung haben wir den Satz aufgestellt, daß die Einheit des Rechts sich in zwei Komponenten zerlegen lasse: in die Einheit der Gesetzgebung und die Einheitlichkeit in der Rechtsprechung. Unsere Aufgabe ist es die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Strafsachen zu behandeln. Der Teil der Arbeit, den wir nun beginnen, befaßt sich mit der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung zwischen dem RG., das als höchstes Revisionsgericht der Hort der Rechtsprechungseinheit zu sein bestimmt ist, und den unteren Gerichten, vor allem den Oberlandesgerichten. Demnach handelt es sich hier um die Frage der Bindung der Untergerichte an das Obergericht, das Reichsgericht und dessen Rechtsprechung. Eine solche Bindung kann auf zweierlei Wegen verfolgt und erreicht werden. Ein direkter Weg geht dahin, durch gesetzliche Vorschriften diese Bindung der Untergerichte auszusprechen. Dies könnte erreicht werden durch gesetzliche Übernahme des unserem Recht fremden Präjudizialverfahrens — ein Weg, den wir oben mit Bezug auf das RG. als solches verneint haben und den wir weiter unten mit Bezug auf das Verhältnis vom Obergericht zu den Untergerichten nochmals zu betrachten haben. Der zweite, indirekte Weg führt eine freilich nur mittelbar wirkende Bindung durch eine zweckentsprechende Gestaltung der Gerichtsorganisation herbei. Durch die Gewährung eines Instanzenzuges und durch die Einrichtung der Unter- und Überordnung der Gerichte wird es möglich gemacht, daß die höchste Spitze, das höchste Gericht seiner Rechtsanschauung widersprechende Urteile der Untergerichte durch neue Urteile ersetzt oder sie aufhebt und die Sache zur erneuten Verhandlung dem Untergericht zurückgibt, das dann seinerseits an die Ansicht des RG. gebunden ist. Dadurch wird ein starker Einfluß auf die Untergerichte ausgeübt in der Richtung, daß diese von vorneherein der Rechtsprechung des RG. die nötige Beachtung schenken.

Wenden wir nunmehr uns der Betrachtung des geltenden Rechtes zu. Von dem ersten Weg, die Bindung der Untergerichte an die Entscheidungen des Obergerichts durch gesetzliche Vorschriften auszusprechen, hat das geltende Recht keinen Gebrauch gemacht. Ein einziges Mal nur hat die StPO. eine Bindung des Untergerichts an die Ansicht des Revisionsgerichtes ausgesprochen: dann, wenn eine Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht nach Aufhebung seines Urteils zurückgewiesen wird (StPO. § 354 II). Diese Bindung ist zwar unmittelbar vom Gesetz vorgeschrieben — aber ihr Eintritt ist, wie wir sehen, abhängig gemacht von einer Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Untergericht durch das übergeordnete Gericht. Die Bindung tritt also nur ein, wenn das übergeordnete Gericht in der angedeuteten Richtung tätig wird. Darum möchte ich diese gesetzliche Vorschrift nicht zu den eine direkte, unmittelbare Bindung aussprechenden Rechtsnormen zählen. Aus der Beschränkung dieser gesetzlichen Bindung auf einen genau bestimmten konkreten Fall muß die schlüssige Folgerung gezogen werden, daß eine allgemeine gesetzliche Bindung der Untergerichte an die Rechtsprechung des Obergerichtes oder der Obergerichte nicht besteht. Wir stellen also fest: der unmittelbare und direkte Weg der Bindung der Untergerichte an die Rechtsprechung des Obergerichtes durch gesetzliche Vorschriften ist unserem Recht fremd. Die angeführte Gesetzesbestimmung erscheint vielmehr als eine Norm, die dazu dient und geeignet ist, den durch den Aufbau der Gerichtsorganisation gewollten und zum Teil erreichten Einfluß der Rechtsanschauungen des Obergerichts auf die Rechtsprechung der Untergerichte zu verstärken und zu sichern.

Daß ein solcher Einfluß auf die Rechtsanschauung und damit auf die Rechtsprechung der Untergerichte (in unserer Gesetzgebung) angestrebt wurde, steht außer Zweifel. Und man war sich auch von Anfang an klar, daß dieses Ziel nur erreicht werden könne, wenn das mit der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung in erster Linie betraute Gericht, das RG, als letzte Instanz zur Entscheidung wenn nicht über alle, so doch über alle schweren und mittleren Straftaten zuständig wäre, für die Zuständigkeit oberster Landesgerichte als letztentscheidende Gerichte aber kein Raum mehr bliebe. Würden alle oder fast alle Sachen letztlich vom RG. entschieden werden, so

müßte jeder Richter an den Untergerichten mit der Möglichkeit rechnen, daß sein Urteil vom RG. nachgeprüft werden würde und daß das RG., wenn er dessen Rechtsanschauungen nicht in dem erforderlichen Maße respektiert habe, sein Urteil verwerfen und ein neues Urteil fällen oder die Sache an ihn zur erneuten Entscheidung im Sinn des RG. zurückverweisen würde. Die Wirkung würde sein, daß die Richter der Untergerichte im allgemeinen die Rechtsanschauungen des RG. zu den ihren machen und in ihren Urteilen verwerten würden; daß sie aber andererseits nicht starr an die Vorentscheidungen des RG. gebunden wären und daher bei gegebenen Gründen Abweichungen wohl riskieren dürften ohne Gefahr zu laufen, dadurch gegen eine Rechtsnorm zu verstoßen. Bei solcher Regelung würden Rechtseinheit, Rechtssicherheit und die Möglichkeit der Fortbildung des Rechts auch bei den Untergerichten gewährleistet sein. Voraussetzung dafür aber ist, daß das RG. als höchstes Revisionsgericht in letzter Instanz wirklich zuständig ist für alle wichtigen und schweren, aber auch alle mittleren Strafsachen und daß nur ein geringer Teil der Rechtsprechung nicht in letzter Hand bei ihm zusammenläuft. Dies also waren die Gedanken, die in den siebziger Jahren bei der Schaffung der StPO. und des GVG. und bei der Errichtung eines höchsten Revisionsgerichtes, des RG., für die Gestaltung der einschlägigen Bestimmungen führend waren. Da aber diese ursprünglichen Bestimmungen mehrere Male einer wesentlichen Abänderung unterworfen worden sind, ist es zum Verständnis des heutigen Rechtszustandes notwendig, die ursprünglichen Bestimmungen und ihre Entwicklung zum heute geltenden Recht, das mit dem früheren in den uns interessierenden Punkten wenig Ähnlichkeit mehr besitzt, kurz zu skizzieren.

Es handelt sich letzten Endes immer um die Verteilung der Zuständigkeit zu Revisionen zwischen dem RG. einerseits und den OLGen andrerseits. Ursprünglich war diese Verteilung im GVG. von 1879 wie folgt geregelt: Da man dem RG. (um es nicht zu überlasten und die Rechtsprechungseinheit innerhalb seiner eigenen Senate nicht zu gefährden) nicht die gesamte Revisionstätigkeit übertragen konnte, grenzte man seine Zuständigkeit gegenüber den OLGen dadurch ab, daß das RG. zuständig sein sollte zu Revisionen gegen die erstinstanzlichen Urteile der Strafkammern, soweit

nicht lediglich Landesrechtverletzung gerügt werde, und gegen die Urteile der Schwurgerichte,[1] das OLG. aber zur Entscheidung der gegen Berufungsurteile in Schöffengerichtssachen eingelegten Revisionen.[2] Nach dieser ursprünglichen Regelung konnte also eine Schöffengerichtssache niemals vor das RG. gebracht werden. Demgegenüber würde also das heutige Recht, das dies zuläßt, (wenn es sich um ein Urteil des sog. erweiterten Schöffengerichts handelt), einen Fortschritt in der Richtung einer Erweiterung der Revisionszuständigkeit bedeuten? Keineswegs. Die Zuständigkeit des Schöffengerichts war damals im ausgeprägten Gegensatz zum heutigen Recht beschränkt auf Bagatellsachen und ergriff auch durch die von den Strafkammern der Landgerichte „vermittelte Zuständigkeit" nur im wesentlichen unbedeutende Strafsachen, eben die sog. „leichte Kriminalität". (§ 75 GVG.).

Die direkte Zuständigkeit ergriff Übertretungen und Privatklagesachen, die unbedeutenderen Eigentumsverletzungen mit der Sachbeschädigung bis zu einer Wertgrenze von 25 Mk., ferner alle Vergehen, die mit keiner höheren Strafe als drei Mon. Gefängnis oder 600 Mk. Geldstrafe bedroht waren, sowie Begünstigung und Hehlerei, wenn die Bezugstat von der Zuständigkeit des Schöffengerichts erfaßt wurde. Die auf Antrag der StA. von den Strafkammern der Landgerichte vermittelte Zuständigkeit ergriff die wichtigeren Eigentumsvergehen und generell alle Vergehen, für die eine Höchststrafe von 6 Mon. Gefängnis oder Geldstrafe von 1000 Mk. angedroht war, wenn das eröffnende Gericht der Ansicht war, daß eine höhere Strafe als 3 Mon. Gefängnis oder 600 Mk. Geldstrafe nicht ausgesprochen werde. In zusammenhängenden Fällen kamen aber auch Fragen aus dieser leichteren Kriminalität vor dem Forum des RG. zur Entscheidung (siehe die umfangreiche Judikatur des RG. zum Begriff des groben Unfugs, Leipziger Komm. § 360 Anm. XI) und die vom RG für den allgemeinen Teil des Strafrechts aufgestellten Sätze kamen ja ebenfalls der Rechtsprechung der OLGe zu Gute; freilich blieben diese innerhalb ihrer Zuständigkeit von jeder Bindung an die Rechtsanschauung des RG. frei. Doch war in dieser Richtung eine weitgehende frei-

1. GVG, ursprüngl. Fassung, § 136 I Z. 2, § 123 Z. 3.
2. „ „ „ , § 27 Zi. 5 und § 74.

willige Unterordnung der OLGe unter die Rechtsprechung des RG. zu verzeichnen und andrerseits die Gefahr für die Einheit der Rechtsprechung nicht bedeutend, da wie gezeigt die OLGe nur in einem kleinen Teil der gesamten Rechtsprechung in Strafsachen zur letztinstanzlichen Entscheidung berufen waren. Das mochte als das geringere und weniger weit wirkende Übel (verglichen mit der sonst drohenden Überlastung des RG. und der Gefährdung der Rechtseinheit innerhalb des RGs.) ohne zu große Bedenken in Kauf genommen werden.

Durch Reichsgesetz vom 5. Juni 1905 kam die erste Erweiterung der Zuständigkeit des Schöffengerichts, mit der damit logischerweise eine Verschiebung der Zuständigkeitsgrenze der Revisionsgerichte verbunden war: dem OLG. wurden damit größere und wichtigere Fälle anvertraut, die Einwirkungssphäre des RG. dadurch verringert. Die wichtigste Änderung ging dahin, daß die Wertgrenze für Eigentumsvergehen, die zur absoluten Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörten, auf 150 Mk., also auf das 6 fache des bisherigen Betrags erhöht wurde. Ferner wurde die direkte Zuständigkeit durch Einreihung einiger spezieller Tatbestände — qualifizierter Hausfriedensbruch, nur auf Antrag verfolgbare Körperverletzungen, Bedrohung nach § 241 StGB. — vergrößert, die indirekte Zuständigkeit vor allem dadurch erweitert, daß die Strafkammer schon dann überweisen konnte, wenn sie keine höhere Gefängnisstrafe als eine solche von 6 Mon. oder keine höhere Geldstrafe als 1500 Mk. erwartete. Worauf ist dieses Vorgehen, sind diese Änderungen in der Zuständigkeitsverteilung zurückzuführen? Wir haben oben dargelegt, daß bei der Ziehung der Grenze zwischen den OLGen und dem RG. als Revisionsgerichten es dem Gesetzgeber lediglich darauf angekommen war, dem RG. einen möglichst großen Teil der Strafrechtspflege, d. h. alle schweren und mittleren Strafsachen für den Fall der Revision zuzuweisen. Mit der wachsenden Belastung des RG. griff man nun zu dem einfachen Mittel, daß man die Zuständigkeit des OLG. erhöhte, die des RG. verminderte und so diesem Entlastung verschuf. Eine neue prinzipielle Zuständigkeitsverteilung zu treffen hielt man nicht für notwendig — man tröstete sich bei diesem Vorgehen damit, daß man sagte, es kämen auch dann noch so viele Sachen vor das RG., daß eine einheitliche Rechtspre-

chung verbürgt würde. Es sollte ja nach den Motiven dem RG. nur eine ausreichende Anzahl von Fällen zugewiesen werden, damit es einheitliche Grundsätze für das gesamte Strafrecht aufzustellen in der Lage war. Die erste Änderung von 1905 aber brachte, wenn die Schätzung, die in den Verhandlungen des Reichstags (Stenogr. Berichte des RT. 1903—1905, 8. Band, S. 6096 ff.) angestellt wurde, stimmt, eine Verminderung der reichsgerichtlichen Revisionsmöglichkeit, die nicht weniger als 12 000 Straffälle erfassen soll. Das bedeutete natürlich nicht, daß die Zahl der ans RG. gelangten Revisionen um 12 000 zurückgehen müßte, sondern gab nur die Zahl der Strafsachen an, in denen künftig, falls Revision eingelegt würde, nicht mehr das RG., sondern das OLG. zur Entscheidung berufen wäre.

Die Kriegs- und Nachkriegsjahre brachten wiederum weitgehende Änderungen in der Richtung einer Erweiterung der Schöffengerichtszuständigkeit und damit einer weiteren Beschränkung und Einengung der Revisionszuständigkeit des RG. Die VO. vom 7. Okt. 1916 behielt zwar die oben mitgeteilte Voraussetzung der Überweisung von der Strafkammer an das Schöffengericht bei, brachte aber eine wichtige Änderung, die das gerichtliche Überweisungsverfahren abschaffte und dafür der STA. eine überragende Stellung einräumte. Diese konnte die Zuständigkeit des Schöffengerichts nunmehr dadurch begründen — nicht mehr nur wie früher einen unverbindlichen Antrag auf Überweisung bei der Strafkammer einbringen —, daß sie bei Einreichung der Anklageschrift den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schöffengericht stellte. Damit liegt in letzter Linie beim StA. die Entscheidung darüber, ob in den Sachen, die überwiesen werden können aber nicht müssen, die Überweisung an das Schöffengericht stattfindet oder nicht. Damit aber trifft die Staatsanwaltschaft die ungleich wichtigere Entscheidung, ob zur Revision das OLG. oder das RG. zuständig ist. Es ist eine manchmal erörterte Erscheinung im modernen Recht, daß dieses von einer strengen gesetzlichen Regelung der Zuständigkeitsverteilung zu einer freieren, in wichtigen Teilen von Fall zu Fall zu treffenden Regelung hinstrebt. Schon die ursprüngliche Gerichtsverfassung kommt diesem Streben durch die Einrichtung der vermittelten Zuständigkeit der Schöffengerichte

entgegen; doch handelt es sich dort nur um die Zuständigkeitsverteilung zwischen Schöffengericht und Strafkammer — und letzterer, dem höheren Gericht ist die Entscheidung darüber anvertraut, ob es die eigene oder die Zuständigkeit des unteren Gerichts begründen will. Eine gewiß freiere Regelung, der aber vom Standpunkt unserer Betrachtung aus nicht widersprochen werden kann.

Ganz anders freilich wird es mit der Verordnung des Jahres 1916: An die Stelle des höheren Gerichts, dem die Entscheidung ruhig anvertraut werden konnte, tritt der Staatsanwalt, eine abhängige Behörde mit Parteifunktion, ein am Verfahren Beteiligter, dessen Parteistellung gerade vom modernen Recht stärkstens betont wird. Es ist unerklärlich, welch rechtlicher Grund diese Neuregelung stützen könnte, geschweige denn sie notwendig gemacht hat. Wie oftmals, so werden auch hier Zweckmäßigkeitsgründe behauptet. Es wird gut sein, diese Begründung, die allzu oft bei angreifbaren staatlichen Maßregeln herangezogen wird, mit der nötigen Skepsis hinzunehmen. . . — Die besprochene VO. wurde durch das im Inhalt wesentlich gleiche RG. vom 21. Okt. 1917 ersetzt.

Die einmal beschrittene Linie wurde beibehalten. Durch RG. v. 11. III. 21 wurde die die Überweisungsmöglichkeit einschränkende Voraussetzung, die wir oben verzeichnet haben, nicht mehr für nötig gehalten und gestrichen. Weiterhin sollten nicht nur Vergehensfälle, sondern auch einzelne Verbrechen — qualifizierter Diebstahl und qualifizierter Betrug — überwiesen werden können. Hiebei sollte es auch keiner Überweisung mehr bedürfen, wenn durch diese Verbrechen ein den Wert von 3000 Mk. übersteigender Schaden nicht verursacht worden war; in diesen Fällen war das Schöffengericht unmittelbar zuständig. Die getroffene Regelung machte also das Schöffengericht unmittelbar und mittelbar (durch Überweisung) zur Aburteilung von Verbrechen zuständig. Darin liegt weiter ein weitgreifender Einfluß auf die Revisionszuständigkeit des RG.; denn damit wurde letzterem die Möglichkeit über diese Verbrechenssachverhalte in letzter Instanz zu entscheiden genommen, ein neuer, wichtiger, schwere Kriminalität erfassender Teil der Rechtsprechung der Untergerichte seiner Überprüfung entzogen und den an seine Rechtsanschauungen nicht gebundenen OLGen zuge-

wiesen. Der Gefahr der Zersplitterung der Rechtseinheit wurde so ein weiteres wichtiges Gebiet ausgesetzt.

Die letzten, weitausholenden Schritte in der durch die vorerwähnten Novellen angebahnten Richtung unternahm die Not-VO. vom Jahr 1924, die die durchgreifendsten Folgerungen zog, grundsätzliche neue Änderungen brachte und so stärkste Auswirkungen auf die ganze Rechtspflege hatte. Die immer mehr zusammengeschrumpfte erstinstanzielle Zuständigkeit der Strafkammern verschwand überhaupt; die Strafkammern existieren weiterhin nur mehr als Berufungsgerichte. In ihre erstinstanzielle Zuständigkeit teilen sich der Amtsrichter als Einzelrichter sowie das einfache und das erweiterte Schöffengericht. Als weitere erste Instanz bleibt das Schwurgericht bestehen. Aber auch seine Zuständigkeit wird zu Gunsten des Schöffengerichts beschränkt, indem eine Reihe von Verbrechen wie Notzucht nach § 177 StGB., Raub, Falschmünzerei, betrügerischer Bankerott u. a. nunmehr in erster Instanz an das Schöffengericht gehen. Das Schwurgericht wurde, wie Rich. Schmidt sagt, unter Beibehaltung seines Namens zu einem „größten Schöffengericht" umgebildet. Innerhalb des Amtsgerichts wird dem Amtsrichter eine weit umfassendere Tätigkeit und wichtigere Stellung eingeräumt als solche etwa mit der unmittelbaren Zuständigkeit des Schöffengerichts vor 1905 verbunden gewesen war; kann doch der Amtsrichter, ein Einzelrichter, heute gegebenenfalls Zuchthausstrafen bis zu 15 Jahren verhängen — was früher dem Schöffengericht auch kraft seiner vermittelten Zuständigkeit unmöglich gewesen wäre. Schwere und schwerste Kriminalität ist also nach geltendem Recht von den Amtsgerichten, vom Einzelrichter wie vom Schöffengericht, in erster Instanz abzuurteilen. Die Revision aber gegen amtsgerichtliche Urteile geht grundsätzlich an das OLG.. Lediglich wenn in erster Instanz auf Antrag der Staatsanwaltschaft das erweiterte Schöffengericht entschieden hat, geht die Revision an das RG. Ebenso natürlich gegen die Urteile der Schwurgerichte. Es ist aber notwendig, daß wir an dieser Stelle genauestens aufzeichnen, wenn das RG., wann das OLG. zur Entscheidung über eine Revision zuständig ist. Erst daran mag sich dann eine kritische Betrachtung anschließen. —

2. Gemäß § 333 StPO. ist die Revision zulässig gegen die Urteile

der Schwurgerichte und Landgerichte; als sog. Ersatzrevision nach § 334 StPO. auch gegen die Urteile des Amtsrichters, soweit gemäß § 313 StPO. die Berufung ausgeschlossen ist, und schließlich durch die Novelle vom 4. I. 1924 als sog. Sprungrevision gegen alle auch mit der Berufung anfechtbaren Urteile.

Zur Entscheidung über die eingelegten Revisionen sind zuständig das RG. und die OLGe, bezw. (in Bayern) das oberste Landesgericht. Handelt es sich um bloße Landesrechtsverletzung, d. h. behauptet die Revision lediglich Verletzung des Landesrechts, so sind stets die OLGe, bezw. die Obersten LGe zur Entscheidung zuständig.

Handelt es sich nicht lediglich um Landesrechtverletzung, so ist zuständig:

I. Das Reichsgericht für Revisionen gegen:

1. die (erstinstanziellen) Urteile der Schwurgerichte.
2. die Berufungsurteile der großen Strafkammern der Landgerichte, wenn in erster Instanz
   a) auf Antrag der Staatsanwaltschaft ein mit zwei Richtern und zwei Schöffen besetztes, sog. größeres Schöffengericht, oder
   b) ein großes Jugendgericht entschieden hat,
3. erstinstanzielle Urteile der auf Antrag der Staatsanwaltschaft mit zwei Richtern und zwei Schöffen besetzten „größeren Schöffengerichte“ oder der großen Jugendgerichte — wenn einer der Beteiligten das Urteil mit der Revision angefochten hat, der andere Beteiligte Berufung nicht eingelegt oder bereits vorher wieder zurückgenommen hat oder seine Berufung als unzulässig verworfen worden ist oder er ebenfalls Revision einlegt.

Andererseits sind zuständig:

II. Die Oberlandesgerichte bezw. die Obersten Landesgerichte zur Entscheidung der Revisionen gegen:

1. die Berufungsurteile der kleinen Strafkammer,
2. die Berufungsurteile der großen Strafkammer, wenn in erster Instanz das Jugend-(Schöffengericht)gericht oder das mit einem Richter besetzte Schöffengericht entschieden hat,

3. die erstinstanziellen Urteile des Amtsrichters des (einfachen) Schöffen- oder (einfachen) Jugendgerichts, wenn einer der Beteiligten das Urteil mit der Revision angefochten hat, der andere ebenfalls Revision eingelegt oder Berufung nicht eingelegt oder letztere bereits wieder zurückgenommen hat oder seine Berufung als unzulässig verworfen worden ist. (Sprungrevision).

Dieser eben aufgestellte Katalog allein würde genügen um die starke Beschränkung des Aktionsradius des höchsten Revisionsgerichts, wie sie die VO. vom Jahre 1924 brachte, ersichtlich zu machen. Es kann aber nicht genug betont werden, daß dieser Zuständigkeitskatalog niemals für sich allein betrachtet werden darf, sondern immer bei der Betrachtung die Erweiterung der Zuständigkeit des Amtsrichters und der Schöffengerichte auf Kosten der Schwurgerichte, die Aufteilung der erstinstanzlichen Tätigkeit der Strafkammern zu Gunsten des Amtsrichters und der Schöffengerichte herangezogen werden muß, will man die tiefgreifende, von der ursprünglichen Regelung so gut wie nichts mehr belassende Wirkung dieser in die Gerichtsverfassung so heftig eingreifenden, vor allem die Zuständigkeitsverteilung gänzlich umgestaltenden Novelle ermessen. Nicht übersehen soll aber werden, daß die Novelle von 1924 gleichzeitig auch eine Erweiterung der Revisionszuständigkeit des RG. mit sich brachte, insofern durch sie die Revision gegen schwurgerichtliche Urteile nicht nur auf die formale, sondern auch auf ihre materielle Seite erstreckt wurde, was ein gewaltiges Anschwellen der Revisionen gegen Schwurgerichtsurteile beim RG. zur Folge hatte. —

Aus Zweckmäßigkeitsgründen war man an den Erlaß der Novelle gegangen; und der Zweck dieser Neuregelung war: durchgreifende Entlastung des RG. Dieser Zweck wurde, das sei einmal vorausgenommen, nicht, jedenfalls nicht völlig und im erhofften Ausmaß erreicht — denn auch heute ist das RG. überlastet, wenn auch geringer in Strafsachen und bedeutender in Zivilsachen. Die Kritik, die die VO. gefunden hat, war im ganzen eine ablehnende, manchmal sogar sehr heftig ablehnende. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Beurteilungen bringt Kronecker in der Lisztschen Zeitschrift, Band 45 S. 421. Auch hatte vor dem Erlaß der

Not-VO. das RG. die Regierung eindringlichst gewarnt. Vor allem aber wies Lobe immer wieder auf die durch die Not-VO. herbeigeführte Gefährdung der Rechtseinheit hin (D. J. Ztg. 1924 S. 81/85) und sprach von einer Nichtachtung aller auf einheitliche Rechtsprechung abzielenden Einrichtungen. Trotz diesen ablehnenden Urteilen, trotz der bald sich zeigenden ungünstigen Folgeerscheinungen der Not-VO. stehen wir heute im 7. Jahr ihrer in den vergangenen Jahren keineswegs etwa durch Neuregelungen eingeschränkten Herrschaft. Doch will es scheinen, als ob ihre Regierungszeit einem baldigen Ende sich nähere und nähern müsse. Gerade in den letzten Jahren ist ja der Kampf um die Einheit des Rechts aufs neue und heftigste entbrannt; führt aber dieser Kampf zum ersehnten Ziel, so muß auf dem Wege dorthin das stärkste entgegenstehende Bollwerk, die Neuregelung der Gerichtsverfassung durch die Not-VO. von 1924, fallen.

3. An der Neuregelung vom Jahre 1924 und damit am heutigen Zustand ist vieles auszusetzen. Betrachten wir aber das jetzt geltende Recht vom Standpunkt der Wahrung der Rechtseinheit aus, so kommen wichtige Mängel für uns nicht in Betracht. Wenn wir aber dennoch ein paar dieser Hauptmängel — wie etwa die überspannte Ausdehnung der Zuständigkeit des Einzelrichters oder die dem modernen Rechtsempfinden, vor allem den Forderungen der modernen Kriminalpsychologie widersprechende bagatellmäßige Behandlung der Kollektivvergehen und -Verbrechen — aufzeigen, so geschieht dies um mitzuteilen, daß die Regelung vom Jahre 1924 auch an anderen Punkten als an den uns hier zunächst interessierenden stark angreifbar ist. — Vor allem sind es zwei Maßnahmen, die eine schwere Gefährdung der Rechtseinheit heraufbeschworen: Die umfassende Ausweitung und Ausdehnung der Zuständigkeit des Amtsrichters als Einzelrichters sowie des kleinen Schöffengerichts und zum zweiten die Regelung, daß das erweiterte Schöffengericht nur auf den Antrag der Staatsanwaltschaft hin tätig werden kann.

Hat nämlich in erster Instanz der Einzelrichter oder das kleine Schöffengericht Recht gesprochen, so geht die Revision immer an das OLG.; folglich bedeutet die Erweiterung der Zuständigkeit dieser Untergerichte eine Erweiterung auch für die Zuständigkeit der OLG.e zu Revisionen und in vielen Sachen den Ausschluß der bisher

gegebenen Möglichkeit einen Ausspruch des RG. herbeizuführen. Die Zuständigkeit des RG. zu Revisionen ist damit erheblich aufs neue beschränkt worden. Nehmen wir zu Erläuterung des vorstehenden einige Zahlen. Es sind im letzten Vorkriegsjahr, 1913, beim RG. 6666 Revisionen angefallen, im Jahre 1928 dagegen nur mehr 4611 (um $^1/_3$ weniger als 1913), 1930 nur 3907 (um rund $^1/_6$ weniger als 1928). Ich habe absichtlich die Zahlen genommen, die kundtun, wie viele Revisionen angefallen sind und nicht wie viele durch Urteil erledigt sind; denn nur die ersteren Zahlen lassen die Verkürzung der Möglichkeit das RG. anzurufen erkennen. Da aber die OLGe wohl der Rechtsprechung des RG. folgen können, aber nicht müssen und ersichtlich oftmals von ihr abweichen, andererseits auch die Rechtsprechung der einzelnen OLG.e sehr häufig erheblich von der anderer OLG.e abweicht, so bringt jede Regelung, die Revisionen statt wie bisher dem RG. nunmehr den zahlreichen OLG.en zuleitet, erhebliche Gefahren für die Rechtseinheit mit sich. Ist doch das OLG. nach jeder Richtung hin frei: es kann abweichen von der Rechtsprechung des RG und von der der anderen OLG.e; zudem sind die Senate des einzelnen OLG.es untereinander keineswegs an ihre Entscheidungen gebunden wie etwa gem. § 136 GVG. die einzelnen Senate des RG. — diese dreifache Abweichungsmöglichkeit ist durch keinerlei gesetzliche Vorschrift erschwert oder unterbunden. Daß die Abweichungen in den Rechtsprechungen der OLG.e untereinander und vom RG. mannigfaltig und häufig sind, wird von keiner Seite bestritten. Zugegeben muß auch werden, daß nicht der Wohnsitz eines Menschen dafür entscheidend sein kann, ob er verurteilt wird oder nicht; es ist darum nicht einzusehen, wie Jahn (J.W. 1931/1778) sich mit der Feststellung zufrieden geben kann, daß die Bevölkerung sich damit abgefunden habe, daß die in letzter Instanz urteilenden OLG.e voneinander abweichende Rechtsansichten vertreten. Dieses Sichzufriedengeben mit einer vielleicht nicht einmal so unbedingt feststehenden Tatsache scheint mir — jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt — auch politisch nicht unbedenklich zu sein. —

Der zweite Mangel, den es hier zu rügen gilt, ist dieser: Die Regelung von 1924 schuf ein erweitertes Schöffengericht, das für wichtigere und umfangreichere Sachen des Schöffengerichts zur Ent-

scheidung berufen sein sollte. Dieses erweiterte Schöffengericht ist ein eigenartiges Gebilde. Eigentlich besteht es ja gar nicht in Konsistenz und Permanenz, sondern wird von Fall zu Fall gebildet „durch Zuziehung eines zweiten Richters". Und ob diese Zuziehung erfolgt, ob also das erweiterte Schöffengericht in Erscheinung treten und tätig werden kann, das hängt von einem Antrag der Staatsanwaltschaft ab. Man hat nämlich diesem erweiterten Schöffengericht keine eigene absolute Zuständigkeit gegeben, sondern nur eine vermittelte, von der Staatsanwaltschaft zugewiesene. Aus denselben Gründen, die wir oben bei der Besprechung des Vorläufers dieser Einrichtung (VO. vom 7. Okt. 1916) gebracht haben, muß auch hier abgelehnt werden, daß der Staatsanwaltschaft eine bestimmende, ausschlaggebende Rolle in der Zuständigkeitsverteilung eingeräumt wird. Die Ablehnung ist hier eine noch berechtigtere und muß eine noch entschiedenere sein — dewegen, weil das erweiterte Schöffengericht eine absolute Zuständigkeit überhaupt nicht aufzuweisen hat. Seine Entstehung und sein Tätigwerden aber darf nicht ausschließlich von der Gnade oder Ungnade der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht werden. Die Regelung der Zuständigkeitsverteilung ist meines Ermessens Sache des Gesetzgebers und, wenn man sie schon freier gestalten will (in einem nicht allzu großen und bedeutenden Umfang) Sache der höheren Gerichte; niemals aber kann sie der abhängigen, in Parteistellung stehenden Staatsanwaltschaft übertragen werden. Daß dies geschehen ist, daß dies wie hier im weitesten Ausmaß und mit durchgreifendsten Folgen geschehen ist, ist schärfstens zu rügen. Vor allem aber, und das ist für unsere Betrachtung das Ausschlaggebende, ist das erweiterte Schöffengericht das einzige der drei vom Amtsgericht umfaßten Gerichte, dessen Urteile in der Revisionsinstanz vom RG. überprüft werden. Damit aber ist es in die Hände der Staatsanwaltschaft gegeben, im einzelnen zum Schöffengericht als solchem gehörenden Fall von vorneherein zu bestimmen und festzulegen, wohin die zu erwartende Revision zu gehen habe, an das OLG. oder an das RG. Die ungeheuer wichtige und im Konkreten wie im allgemeinen äußerst einflußreiche Stellung der Staatsanwaltschaft ergibt sich deutlich aus dem Gesagten. Und gerade so deutlich ist die behelfsmäßige Verlegenheitseinrichtung des erweiterten Schöffengerichts: Man schrak davor zurück, das RG. lediglich auf

Schwurgerichtssachen zu beschränken; man wollte, da man die erstinstanzliche Tätigkeit der Strafkammern abgeschafft hatte, wenigstens einen Teil der Schöffengerichtssachen dem höchsten Revisionsgericht in letzter Instanz zuteilen. Deshalb Schaffung des erweiterten Schöffengerichts, dem als Revisionsgericht das RG. übergeordnet war. Aber diesem erweiterten Schöffengericht wird keine absolute Zuständigkeit verliehen, sondern — und gerade an diesem Punkt zeigt sich ja das Behelfsmäßige — die Anrufung in das Belieben der Staatsanwaltschaft gestellt. Man kann also (um bei den gewählten Ausdrücken zu bleiben) in der Regelung vom Jahre 1924 eine gesetzliche, teils absolute, teils vermittelte Beschneidung der Zuständigkeit des RG. und eine Erweiterung der Revisionszuständigkeit der OLG.e erblicken. Sehen wir vom großen Jugendgericht ab, dessen Sachen ja immer in letzter Instanz vor das RG. kommen, so ist das RG. nunmehr unbedingt zuständig zur Entscheidung über Revisionen in Schwurgerichtssachen; jede andere Revisionszuständigkeit aber kann ihm genommen, jede weitere Tätigkeit als Revisionsgericht in Strafsachen unmöglich gemacht werden; denn ob es auch zur Entscheidung von Schöffengerichtssachen, zu denen ja auch schwere, mit langjähriger Zuchthausstrafe bedrohte Verbrechen gehören, zuständig werden kann, hängt ausschließlich von der Staatsanwaltschaft ab. So kommen nur mehr die letzten und schwersten Verbrechen, die zur absoluten Zuständigkeit des Schwurgerichts gehören, unbedingt vor das RG. Andere schwerste Verbrechen, die infolge der neuen Regelung von den Schwurgerichten zu den Schöffengerichten übergegangen sind und vor allem die wichtige mittlere Kriminalität, die das Hauptgewicht aller strafbaren Handlungen ausmacht, können nur dann vor das RG. als letzte Instanz kommen, wenn der Staatsanwalt früher beim Eintritt in die erste Instanz einen entsprechenden Antrag gestellt, die Zuziehung eines zweiten Richters gefordert hat. Die Staatsanwaltschaft kann also in einem größeren Gebiet, in einem Land, ev. in mehreren Ländern beharrlich auf die Möglichkeit solchen Antrags verzichten — die Folge davon wäre, daß das RG. beschränkt wird auf die Revisionen in Schwurgerichtssachen, die in diesem Gebiete angefallen sind. Und daß damit die Bedeutung der Rechtsprechung des RG. für die Untergerichte und ihr Einfluß auf diese gewaltig vermindert würde, steht außer Zweifel;

abgesehen davon, daß mit einem allzu starken Zurückgehen der Rechtsprechungstätigkeit des RG. auch der ideelle Wert seiner Entscheidungen Einbuße erleiden müßte. Man hat die Gefahren, die aus dieser Machtposition der Staatsanwaltschaft erstehen, auch 1924 keineswegs verkannt und darauf gebaut, daß der Reichsjustizminister gegen etwa sich zeigende Mißstände sofort eingreifen würde, wie er dies ja auch in den Reichstagsverhandlungen angekündigt hatte. Es fragt sich aber, ob eine Regelung, die von vorneherein mit solchen Drohungen (die gewiß nicht rechtlichen Garantien gleichen und noch weniger es sind) ausgestattet werden muß, überhaupt getroffen werden darf, ob nicht allein hieraus sich das Unzulängliche, Unbefriedigende und deswegen Abzulehnende der Regelung ergibt. Daß diese Regelung trotzdem nunmehr im 8ten Jahre ihres Daseins besteht — man rechne ihr das nicht zu Gute. Diese $7^1/_2$ Jahre von 1924 bis heute: wer, auch welcher Jurist, erkennt nicht an, daß sie wichtigeren, vordringlicheren Aufgaben gewidmet werden mußten als solchen der Gerichtsverfassung? Wahl und Auflösung, Neuwahl, Einberufung und Nichteinberufung und nochmals vorzeitige Auflösung und lange Nichteinberufung des gesetzgebenden Körpers haben nicht einmal die von langer Hand vorbereitete Reform des Strafgesetzbuches glücklich zu Ende führen lassen — eine durchgreifende Reform der Gerichtsverfassung und der StPO. aber wurde im Reichstag noch nicht erfolgreich in Angriff genommen.

Man erkannte 1924 die Gefahren, die diese Neuregelung mit sich brachte — und die gehegten Befürchtungen traten bald in stärkerem, bald in weniger starkem Maße ein.

Daß die Zersplitterung der Rechtsprechung wuchs, gewaltig anwuchs, ist nicht zu bestreiten.

Klar vorauszusehen war die Wirkung, die durch die Erweiterung der erstinstanziellen Zuständigkeit des Einzelrichters und des einfachen Schöffengerichts auf die reichsgerichtliche Zuständigkeit zur Entscheidung von Revisionen ausgeübt werden mußte: die Erweiterung dort bedeutete eine kongruente Beschneidung hier. Unsicherer und unbestimmter waren die Aussichten und die Gedanken, die man bei der Erörterung der der Staatsanwaltschaft eingeräumten, von uns oben dargelegten, wichtigen Stellung hegte. Vorauszuschicken ist hier noch das eine: die Zuziehung des zweiten Richters beim Schöf-

fengericht war (— das tritt nicht nur in den Reichstagsverhandlungen, sondern auch in der Fassung des Gesetzes hervor —) als Ausnahme gedacht; das einfache Schöffengericht sollte die Regel darstellen. Daraus ergibt sich, daß die geistigen Väter der Not.VO. den Wunsch hatten, das erweiterte Schöffengericht möge nicht zu oft in Tätigkeit treten, das RG. möge neben den Schwurgerichtssachen nur in wenigen Ausnahmefällen zur Entscheidung über Revisionen zuständig sein (siehe hierzu Bumke, VO. über die Gerichtsverfassung S. 16). War dies die Erwartung der einen, die die VO. geschaffen hatten oder sie begrüßten, so waren es dieselben Gedanken, deren mögliche Verwirklichung von denen, die um die einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen bangten, gefürchtet und angedroht wurde. Doch ist es, wie die nachfolgenden Zahlen, die ich Gerlands Aufsatz im Gerichtssaal Band 100, entnehme, lehren, nicht soweit gekommen, als gehofft und gefürchtet wurde. Wir wollen im folgenden von einzelnen Ländern die Zahlen nehmen, die anzeigen, wie viele Sachen in den Jahren 1926 und 1927 an das einfache Schöffengericht (Zahl 1) oder an das erweiterte Schöffengericht (Zahl 2) gegangen sind und wie oftmals gegen die Urteile dieser Gerichte Revision zu den OLG.en (Zahl 3) oder zum RG. (Zahl 4) eingelegt wurde.

Preußen,	1926:	35397	34163	3893	774
	1927:	35067	33372	4140	789
Bayern,	1926:	6269	1547	780	57
	1927:	5671	1352	944	71
Sachsen,	1926:	5178	965	335	36
	1927:	4702	1063	436	65
Württemberg,	1926:	2049	484	165	15
	1927:	2224	442	248	22
Baden,	1926:	1392	220	775	4
	1927:	1168	324	101	18
Thüringen,	1926:	859	199	137	15
	1927:	828	197	119	12
Braunschweig,	1927:	503	98	78	5

Wenden wir uns zunächst den Zahlen von 1927 zu. Die aufgezählten Länder weisen eine Bevölkerungsziffer von 58 Millionen auf, können also wohl für ganz Deutschland gültige Zahlen liefern. Danach sind vom einfachen Schöffengericht rund 50 000, vom er-

weiterten Schöffengericht rund 36 000 Urteile gefällt worden. Diese Zahlen stellen ein nicht ungünstiges Bild dar: es scheint, als ob wirklich in allen wichtigeren Schöffengerichtssachen der zweite Richter zugezogen worden wäre. Doch gilt dies nur für Preußen; denn wie die Einzelzahlen zeigen, ist in diesem Land das erweiterte Schöffengericht öfter als 33 000 mal in Tätigkeit getreten. Preußen aber stellt nach der Bevölkerungszahl das halbe Deutschland vor; in allen anderen Ländern tritt das erweiterte Schöffengericht weit zurück und bekommt nur einen kleinen Teil der Schöffengerichtssachen von der Staatsanwaltschaft zugewiesen: auf mehr als 15 000 Urteile der einfachen Schöffengerichte treffen weniger als 3000 Urteile der erweiterten Schöffengerichte. Hier sehen wir den wichtigen Einfluß der Landesjustizverwaltungen: während sich in Preußen (1927) die Zahlen der Urteile der einfachen Schöffengerichte zu denen der Urteile der erweiterten Schöffengerichte verhalten wie 1 : 1, ist das Verhältnis in Bayern schon 1 : 5, in anderen Ländern schon zu 1 : 6 verschlechtert. Eine Verschiedenheit in der Zuständigkeitsverteilung bei den unteren Gerichten der einzelnen Länder, die keineswegs mit dem Gedanken eines einheitlichen Rechts und einer einheitlichen Rechtsprechung vereinbar ist! Wenden wir uns dann den Zahlen zu, die mitteilen, wie viele Revisionen an das RG. gegangen sind. 1927 ergingen, wie schon mitgeteilt, rund 50 000 Urteile vor dem einfachen Schöffengericht, rund 86 000 Urteile in Schöffengerichtssachen überhaupt — doch nur über 1000 Revisionen in Schöffengerichtssachen hat das RG. entschieden. Und hievon fallen allein 789 Entscheidungen nach Preußen, sodaß für das übrige Deutschland nur rund 200 Entscheidungen ergangen sind. Eine ungeheuerlich geringe Zahl für ein Gebiet von mehr als 30 000 000 Einwohnern. Der Länder, auf die 10—20, auch nur 5 Entscheidungen des RG. über Revisionen in Schöffengerichtssachen treffen, sind nicht wenige. Die relativ günstigen Zahlen für Preußen, die Gerland erfreut begrüßt, sind in den letzten Jahren bedenklich zurückgegangen und werden diese Tendenz, wie Bumke in seinem Aufsatz „Sorgen“ sagt, „dank den Bemühungen der preußischen Justizverwaltung“ weiterhin verfolgen. (D.J.Z. 1931/853.) Die Verfügung des preußischen Justizministers vom 1. Juli 1925, die Gerland lobend erwähnt, weil sie in allen wichtigen Sachen die Zu-

ziehung eines zweiten Richters anordnet, scheint also ihre die Rechtseinheit sichernde und fördernde Bedeutung verloren zu haben.

Hervorzuheben ist, daß die oben aus Gerlands Aufsatz entnommenen Zahlen der reichsgerichtlichen Revisionen nur die durch Urteil erledigten Revisionen angeben, was bei Gerland nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt. Die Zahlen der zum RG. eingelegten Revisionen sind, da ein großer Teil der eingelegten Revisionen gemäß § 349 I S. 2 StPO. vom RG. als offensichtlich unbegründet durch Beschluß verworfen wird, um ein wesentliches höher, etwa um 60 bis 100%. Festzustellen ist auch noch, daß im vergangenen Jahr die Anzahl der durch Urteil erledigten Revisionen in Schöffengerichtssachen die Zahl 1000 beim RG. weit überstieg und wohl zwischen 1200 und 1300 liegen wird (siehe auch die Angaben bei Bumke a. a. O.). Die Feststellung, daß 1930 nur in 687 Schwurgerichtssachen, dagegen in 3158 Schöffengerichtssachen das höchste Revisionsgericht angerufen wurde (im ganzen sind 1930 in Strafsachen 1877 Revisionen beim RG. durch Urteil erledigt worden), veranlaßt Bumke die Frage aufzuwerfen, ob die von uns angefochtene VO. von 1924 überhaupt genügt habe, dem RG. eine entsprechende Anzahl von Revisionen fernzuhalten.

Der in dieser Frage zum Ausdruck gelangenden Ansicht Bumkes kann nicht beigepflichtet werden. Ziehen wir das Fazit aus der vorausgegangenen Betrachtung, so ist festzustellen: Die einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen ist durch die Neugestaltung des GVG. seit 1924 aufs ernsteste gefährdet. Da das RG. für Sachen, die zur Zuständigkeit des Amtsrichters und des kleinen Schöffengerichts gehören, niemals als Revisionsinstanz in Frage kommt, ist ihm bei der überspannten Ausdehnung der Zuständigkeit dieser Gerichte die Überprüfung der Rechtsprechung in wichtigen und wichtigsten Gebieten zum großen Teil entzogen. Die Zuziehung des zweiten Richters beim Schöffengericht wird in den einzelnen Ländern so verschieden häufig gehandhabt und unterliegt immer der Gefahr der willkürlichen Ausschaltung und Nichtanwendung, daß von einem gesicherten einheitlichen Rechtszustand hierbei nicht die Rede sein kann; überdies kann die Frage, ob in einer konkreten Sache die Möglichkeit gegeben sein soll in letzter Instanz das RG. zur Entscheidung anzurufen nicht von der Staatsanwaltschaft eines unteren

Gerichtes oder der Landesjustizverwaltung geprüft und entschieden werden. Wenn schon eine Entscheidung dieser Art im konkreten Fall zu treffen ist, soll sie vom höchsten Landesgericht oder vom RG. ausgehen. Das ständige Zunehmen der Zuständigkeit der 27 OLG.e in Revisionssachen bedeutet bei der ungehemmten Abweichungsmöglichkeit dieser Gerichte vom RG., von anderen OLG.en und innerhalb des einzelnen OLG.es unter den verschiedenen Senaten eine ungeheure Gefahr für die Rechtseinheit. Gerland hat recht, wenn er a. a. O. die Behauptung aufstellt, daß das RG. durch die VO. v. Jahre 1924 nicht weniger als $^4/_5$ der Möglichkeiten verloren habe, die Einheit des Strafrechts aufrechtzuerhalten. Was aber das RG. verloren hat, ist anderseits Boden und Material für die Gefahr einer Zersplitterung der Rechtseinheit. —

4. Wir haben schon oben gesagt, daß der Rechtszustand, wie ihn die VO. von 1924 schuf, eine große Gegnerschaft fand, die im Laufe der Jahre gewiß noch gewachsen ist. Die Gegner verharrten nicht untätig: in der mannigfachsten Richtung sind Vorschläge ergangen, die danach streben, die von den Vätern der Not-VO. in den Vordergrund gerückte notwendige Entlastung des RG. nicht auf Kosten der Rechtseinheit herbeizuführen, sondern die Entlastung mit dem Streben nach Rechtseinheit zu verquicken suchten. Man wandte sich vor allem dagegen, daß um der Entlastung willen, also eines im Wesentlichen im Technischen, Organisatorischen begründeten Zweckes, alle zur Erhaltung der Rechtseinheit dienenden Garantien aufgegeben werden sollten. —

Wenden wir uns diesen Vorschlägen zu, so tun wir gut zunächst die schon hinreichend konkretisierten, bereits in der Form eines Gesetzes vorliegenden Entwürfe zur Betrachtung heranzuziehen. Es handelt sich hiebei um 4 Gesetzentwürfe, die bereits als Gesetzesvorlagen beim Reichsrat oder beim Reichstag eingebracht worden sind. Auf ihren wesentlichen Inhalt sei hier kurz, der Zeitenfolge ihres Einbringens entsprechend eingegangen.

Schon vor dem Erlaß der Not-VO. wurde 1923 durch den Reichsjustizminister Heinze dem Reichstag ein in unserem Zusammenhang meist zu wenig beachteter, 1924 gänzlich außer Acht gelassener Entwurf vorgelegt. Gerade in den Punkten der Regelung von 1924, die den stärksten Widerspruch herausgefordert hatten,

brachte Heinze schon im vorausgegangenen Jahre diskutablere Vorschläge. Er wollte vor allem, daß das zu schaffende erweiterte Schöffengericht eine absolute Zuständigkeit habe, zu deren Begründung demgemäß kein Antrag der Staatsanwaltschaft erforderlich sei. Damit wäre die allzu starke Beschneidung der Zuständigkeit des RG. und der nicht zu begrüßende Einfluß der Staatsanwaltschaft auf die Zuständigkeitsverteilung hintangehalten worden. Zum zweite . forderte Heinze, daß das OLG. die Möglichkeit haben sollte in jeder von ihm zu entscheidenden Revisionssache das RG. zur Entscheidung anrufen zu können; ein Gedanke, der in verschiedener Ausgestaltung in den noch von uns zu besprechenden Entwürfen öfters wiederkehrt.

1926 wurde dem Reichsrat der Entwurf eines „Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit" vorgelegt. Eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung, wie sie das Notrecht von 1924 gebracht hat, wird hier nicht angestrebt. Man geht also nicht der Quelle der Rechtszersplitterung nach, sondern sucht den Strom in seinem Lauf zu unterbinden. Der zweite oben genannte Vorschlag Heinzes wird weiter ausgebaut. Unter Begründung seiner eigenen Auffassung soll das OLG. die Revision dem RG. vorlegen, wenn es in einer Frage des Reichsrechts von einer früheren Entscheidung des RG. oder eines anderen OLG. abweichen will. Somit war an 2 Abweichungsmöglichkeiten gedacht; an die dritte Abweichungsmöglichkeit, die unter den einzelnen Senaten eines OLGes, hatte man nicht gerührt.

Die folgenden Jahre bringen zwei Entwürfe eines EG. zum StGB., die sich in wichtigen Teilen mit den von uns behandelten Problemen befassen. Vorausgestellt sei, daß beide Entwürfe wiederum nicht an die Quelle des Übels herangehen. An der bestehenden Zuständigkeitsverteilung und an der einflußreichen Stellung der St.-schaft sollte nichts geändert werden. Wiederum griff man nur das Produkt dieser Fehlerquellen, griff die Folgeerscheinungen und Auswirkungen an und suchte hier zu retten, was zu retten war.

Der erste Entwurf v. J. 1927 bestimmt, daß das OLG. die Revision an das RG. abgeben müsse, wenn sich der Dissens zwischen den Rechtsanschauungen der beiden Gerichte auf eine strafrechtliche Bestimmung beziehe. Dies bedeutete eine Einengung des Vorlegungszwanges gegenüber dem Entwurf von 1926 insofern, als

dort ein Dissens in der Auslegung jeder reichsrechtlichen Norm genügt hatte. Hier dagegen sollte bei einem Dissens, der sich auf nicht strafrechtliche, reichsrechtliche Bestimmungen bezog, der Vorlagezwang nur dann gegeben sein, wenn eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege, in der das RG. noch nicht entschieden habe. Das bedeutet aber: Ist in solchen Fragen eine Entscheidung des RG. schon ergangen, so besteht kein Vorlagezwang für das OLG. Einer Abweichung stünde also nichts entgegen. Zieht man diese naheliegende, unübersehbare Folgerung, so zeigt es sich, wie wenig durchdacht dieser E. doch sein muß, der von sich behauptet, daß mit ihm „der letzte Schritt zur Sicherung der einheitlichen Auslegung des Reichsrechts in Strafsachen getan sei" (S. 31 des E.s). Man stelle dieser Feststellung nur die einfache Tatsache gegenüber, daß es, wäre dieser Vorschlag Gesetz geworden, den zahlreichen OLGen. möglich gewesen wäre, legal und unbehindert alle Entscheidungen des RG. auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts als unbeachtlich beiseite zu schieben. Rechtseinheit wäre durch solche Regelung nicht erreicht worden.

Darum dehnt der zweite Entwurf, die Reichstagsvorlage vom April 1929, den Vorlagezwang wieder weiter aus. Die uns zumeist interessierenden Bestimmungen seien hier wörtlich wiedergegeben. Reichstag IV. Wahlperiode 1926, Drucksache Nr. 2070, ausgegeben am 30. 5. 1930. Entwurf eines EG. zum allg. deutschen StGB. und zum Strafvollzugsgesetz von Bredt, Reichsminister der Justiz.

Art. 68: Das GVG. vom 27. I. 1877 in der Fassung etc. etc. wird geändert wie folgt:

30. Hinter § 122 werden folgende Vorschriften eingefügt:

§ 122 a.

Will das OLG. bei der Entscheidung über eine Revision in einer Rechtsfrage des Reichsstrafrechts, des Reichsstrafprozeßrechtes oder der reichsrechtlichen Gerichtsverfassung von einer Entscheidung des RG., die in eine von der Reichsregierung bestimmte amtliche Sammlung aufgenommen ist, abweichen, so hat es die Revision unter Darlegung seiner Rechtsauffassung durch die Staatsanwaltschaft dem RG. zur Entscheidung vorzulegen.

Ist in einer Revisionssache über eine Rechtsfrage der im Ab-

satz I bezeichneten Art, zu der das RG. noch nicht in einer gemäß Absatz I veröffentlichten Entscheidung Stellung genommen hat, zu entscheiden, so kann das OLG. die Revision unter Darlegung seiner Rechtsauffassung durch die Staatsanwaltschaft dem RG. zur Entscheidung vorlegen. —

§ 122 b.

Unter den Voraussetzungen des § 122 a Abs. 2 kann die StA.-schaft eine Revision, die zur Zuständigkeit der OLGe gehört, dem RG. zur Entscheidung vorlegen, einerlei, ob sie selbst oder ein anderer Beteiligter das Rechtsmittel eingelegt hat.

§ 122 d.

Will ein Strafsenat eines OLGes in einer Rechtsfrage des Landesstrafprozeßrechts oder der landesrechtlichen Gerichtsverfassung von einer Entscheidung eines anderen Strafsenates desselben Gerichtes abweichen, so finden die §§ 136, 138 entsprechende Anwendung. —

Soweit die maßgeblichen Bestimmungen. Wie verhalten sie sich zu den drei bei der Rechtsprechung der OLGe gebenen Abweichungsmöglichkeiten? Der Vorlagezwang bei Abweichungen gegenüber dem RG. wird, wenn man den ersten E. zum Vergleich heranzieht, zugleich ausgedehnt und eingeengt. Ausgedehnt insofern, als er ja nun auch bei einem Dissens in Bezug auf strafprozeßrechtliche Bestimmungen und solche der Gerichtsverfassung vorgeschrieben wird, eingeschränkt insoweit, als nur Abweichungen von solchen Entscheidungen in Frage kommen, die in einer von der Reichsregierung bestimmten amtlichen Sammlung enthalten sind. Erweiterung wie Einschränkung halten sich m. E. (a. A. Gerland) in angemessenen Grenzen. Vor allem ist die Einschränkung bei der Unsumme der Auslegungs- und Rechtsprechungssätze aus der über 50 jährigen Tätigkeit des RG. wohl verständlich und rechtspolitisch zu begrüßen. Dagegen behandelt der E. die Abweichung eines OLGes von einem anderen OLG. nur insoweit, als er eine fakultative Anrufung des RG. dann zuläßt, wenn dieses zu der strittigen Frage Stellung noch nicht genommen hat. Ein Vorlagezwang aber besteht hier niemals. Der E. fürchtete hier von einer Regelung im Sinn des ersten E. das Auf-

kommen eines übertriebenen Praejudizienkultus. Gerland vermerkt dieses Nichteingreifen und die vom E. dazu gegebene Begründung sehr übel und spricht von einem „weitgehenden Verzicht auf die Garantien zur Wahrung der Rechtseinheit". M. E. ist diesem Unterlassungsfehler des 2. E. allzu große Bedeutung nicht beizulegen. Dies ergibt sich aus der einfachen rechnerischen Überlegung, daß zwei oder mehrere (hier die verschiedenen OLGe), wenn sie in ihren Anschauungen weitgehend an die eines Dritten (hier des RG.) gebunden sind, soweit diese Bindung reicht nicht voneinander abweichen können. Mit anderen Worten: Wenn A und B nach dem C sich richten müssen, braucht nicht vorgeschrieben werden, daß des A und des B Tun gleich sein müsse; — es ist automatisch gleich, wenn und soweit A und B innerhalb der anbefohlenen Bindung sich bewegen. Zurück zum E. Wir haben schon betont, daß die Rechtsprechung des RG. eine so umfassende und vielgestaltige ist, daß es nur spärliches Gebiet geben wird, das von ihr noch nicht bearbeitet ist. Lediglich auf diesem Gebiet besteht die Möglichkeit der Abweichung unter den OLGen. Hier aber greift dann § 122 a Abs. 2 und § 122 b des E. ein: das OLG. kann die Revision dem RG. zuleiten, muß es freilich nicht. Das Nichteingreifen des E. in dem zur Besprechung stehenden Punkt ist also keine Nachlässigkeit und kein niewiedergutzumachender Fehler; ein Eingreifen wäre vielmehr bei der im übrigen getroffenen Regelung logisch nicht begründet und rechtspolitisch nicht erforderlich. Aus demselben Grund ist in Fragen des Reichsrechts eine Bindung der Senate des einzelnen OLGes unter einander nicht erforderlich: Für Fragen des Landesstrafrechts usw. aber sieht § 122 d GVG. in der Fassung des E. ein Verfahren, wie es § 136 GVG. für das RG. anordnet, vor. Trotz der hier dem 2ten E. widerfahrenen Rechtfertigung soll noch einmal festgestellt werden, daß er den Anforderungen unseres Strebens nach Rechtseinheit nicht genügt und nicht genügen kann, weil seine Angriffe und Heilungsversuche am falschen Punkt, am Ende der Fehlerkette und nicht an ihrem Anfang einsetzen. Man kann sich hier auch nicht mit der in der Begründung zum E. enthaltenen aufklärenden Rechtfertigung zufrieden geben, die besagt, daß um der schnellen Ermöglichung der Strafrechtsreform willen dieser E. eines EG. nur behelfsmäßige Arbeit leisten und keine Gesamtreform

darstellen soll; auch seien die auftauchenden Probleme noch allzu umstritten und in Fluß. Unser Problem verträgt keine weitere aushilfsmäßige Behandlung mehr, wie es solche seit Jahren erfahren hat. Der E. hätte entweder schweigen oder eine durchgreifende Neuregelung bringen sollen. Jedenfalls hätte ein in der Begründung erläutertes Schweigen der Sache mehr gedient als eine am falschen Ort mit unzulänglichen Mitteln einsetzende, nur vertröstende Hilfe. Die im Art. 68 des E. enthaltene Regelung war deshalb von uns abzulehnen. Nicht unerwähnt soll freilich bleiben, daß der E. im übrigen zahlreiche ausgezeichnete Vorschläge bringt, die mittelbar auch mit unseren Fragen sich befassen. So soll der Amtsrichter wieder mehr in die Rolle eines bloßen Bagatellrichters für Übertretungen und Privatklagesachen zurückgedrängt werden und seine Kompetenz nicht mehr weit über die, die § 211 alte StPO. dem Amtsrichter eingeräumt hat, hinausgehen. Zudem kommt im Wortlaut des E. zum Ausdruck, daß eine verstärkte Heranziehung des erweiterten Schöffengerichts vom E. befürwortet wird. Der Staatsanwalt soll den Antrag stellen, wenn die Zuziehung des zweiten Richters zweckmäßig erscheint (dagegen § 29 Abs. 2 GVG.: „notwendig"). Das 4 köpfige Schöffengericht aber ähnelt der 5 köpfigen alten erstinstanziellen Strafkammer zum mindestens in der Besetzung. So zeigt sich im E. von 1929, wie Richard Schmidt sagt, bereits eine „gewisse Restauration der ehemaligen Gerichtsverfassung", die sich in der Zukunft noch weiter fortsetzen wird. Doch beläßt es auch dieser 2te E. wie schon hervorgehoben bei der unglücklichen unbestimmten, lediglich durch die Staatsanwaltschaft vermittelten Zuständigkeit des erweiterten Schöffengerichts.

Rückblickend ist festzustellen: Die drei nach dem Erlaß der Not-VO. dem Reichstag bezw. dem Reichsrat vorgelegten Entwürfe sind (in unterschiedlichem Maß) nicht geeignet die gefährdete Rechtseinheit sicherzustellen und die schon eingetretene Zersplitterung des Rechts zu wenden und am weitern Fortschreiten zu verhindern. Der der Not-VO. vorausgegangene E. Heinzes v. J. 1923 dagegen ist in der Zielrichtung seines ersten Vorschlages zu begrüßen: dort wird eine absolute, wichtigere Delikte erfassende Zuständigkeit des erweiterten Schöffengerichts und damit eine Aus-

dehnung der Revisionszuständigkeit des RG. gefordert. Der Angriff Heinzes richtet sich gegen die Wurzel des Übels.

5. a) Neben diese ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe stellen sich mehrere in Literatur und Wissenschaft mit verschieden starker Intensität und unterschiedlichem Erfolg vorgebrachte Reformgedanken. Im wesentlichen sind es drei Wege, auf denen das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung in Strafsachen verfolgt werden soll. — Aller Betrachtung aber ist vorauszuschicken, daß die in Betracht kommenden Gedanken jeweils in Beziehung gesetzt werden müssen zur Überlastung und notwendigen Entlastung des RG. Reformpläne, die diesen heute überaus wichtigen Problemen keine Aufmerksamkeit schenken wollen, müssen von unserer Betrachtung ausgeschlossen bleiben.

Zunächst wird als radikalstes Heilmittel gegen die Zersplitterung der Rechtseinheit die Einführung eines Praejudizialsystems angeraten. Uneingeschränkt erteilt Schliffer diesen Rat in seinem Aufsatz „Rechtseinheit" in der D.J.Ztg. Einer gemäßigten, durchgebildeten und umgedachten Form spricht Gerland das Wort im 100. Band des Gerichtssaals, S. 124: Bindung der Entscheidungen der Senate des höchsten Gerichts mit Gesetzeskraft in Richtung zu den unteren Gerichten. Untereinander dagegen sollen die Senate nicht stärker an ihre Entscheidungen gegenseitig gebunden sein, als bisher. Abweichungen sollen wie im geltenden Recht durch Plenarentscheidungen möglich gemacht werden; diese Plenarentscheidungen aber sollen dann für die einzelnen Senate Gesetzeskraft haben. Von eigenen Entscheidungen sollen die Senate wie bisher beliebig abweichen dürfen. Zudem soll nur „den rationes decidendi" diese starke bindende Kraft gegenüber den Untergerichten eingeräumt werden; jeder Senat soll sie selbst seinen Entscheidungen beilegen können. Dies sind ganz kurz aufgezählt die wesentlichen Programmpunkte von Gerlands Vorschlag, den wir ja oben, S. 24, bereits kennen gelernt haben. Schon dort haben wir einige grundsätzliche an die Einführung des Praejudiziensystems gebundene Fragen erörtert, hingewiesen vor allem auf die Fremdheit der Einrichtung und auf das Wagnis, das wir darin erblicken, daß eine sehr alte Einrichtung einer mehrhundertjährigen, fremden, nie mit unserem Recht und unserm Rechtsleben in engerer Wechselwirkung

verbundenen Rechtskultur von heute auf morgen in unser Recht verpflanzt werden soll. Hingewiesen haben wir dort auch auf die Gefahr, die dem höchsten Gericht in der Erfüllung seiner Aufgabe das Recht fortzubilden erwächst, wenn es an seine einmal ausgesprochenen Rechtsanschauungen selbst wie an Gesetze, die es nicht ändern kann, gebunden ist — eine Gefahr freilich, die Gerland dadurch vermieden wissen will, daß das System der Abweichungen gestattenden Plenarentscheidungen und das Prinzip der freien Abweichungsmöglichkeit des einzelnen Senates von seinen eigenen früheren Entscheidungen beibehalten werden soll. Ein Wort zum oben schon im näheren skizzierten Vorschlag Gerlands: Gegen das empfohlene Kompromiß soll als solches nichts gesagt, der Vorschlag nicht schon wegen seiner Kompromißnatur angefochten werden. Festzustellen aber ist, daß dieses Kompromiß nur innerhalb des höchsten Gerichtes selbst seine Wirkung äußern soll, während nach unten das Praejudicialsystem seine volle Strenge und Starrheit zeigen soll. Hier erst soll unsere Kritik einsetzen. Sicherlich würde durch die Verwirklichung von Gerlands Vorschlag die Einheit der Rechtsprechung und die Rechtssicherheit im höchsten Ausmaß erreicht, dazu noch in gewissem Maße der Vereinfachung der Rechtspflege gedient. Dies kann sicherlich außer Zweifel gelassen werden. Trotzdem sprechen gegen die Verwirklichung wichtige Gründe. Denn die Durchführung dieses Planes ist nur mit einer völligen Umgestaltung der Stellung des deutschen Richters möglich. Das stolze Wort, daß der deutsche Richter nur dem Gesetz und seinem Gewissen unterworfen sei, müßte dann seinen eigentlichen Sinn verlieren — gerade im Herzen der besten und verantwortungsbewußten Richter würde das eine nicht zu begrüßende Wirkung ausüben. Wenn der Richter nicht mehr sagen kann: Ich lege das Gesetz so aus, wie mein Gewissen, meine Erkenntnis mir befiehlt, sondern sagen muß: Ich habe das Gesetz so auszulegen, wie es der höhere Richter ausgelegt hat und jede Abweichung hievon ist mir verboten, — wenn der Richter also nicht mehr selbst Recht aus dem Gesetze frei schöpfen darf, sondern nach ihn unlöslich bindenden Vorentscheidungen suchen muß, so bedeutet das gewiß, daß gerade dem von der Größe und Schwere seiner Aufgabe überzeugten Richter viel von der Freude am eigenen Schaffen genommen wird und damit ein gutes Stück

seines Verantwortlichkeitsgefühles und seiner Verantwortung. Nimmt man aber diese beiden Hauptmotoren, die primären Triebkräfte im menschlichen Schaffens- und Leistungsprozeß weg, so zeigt sich motorisch ein bedenkliches Zurückgehen des Wertes der Leistung. Diese Erscheinung wäre sicherlich auch in unserem Fall zu beobachten. Die geschilderte psychologische Wirkung war deshalb an die Spitze zu stellen, weil sie sekundär weitgehende Folgen, vor allem in der Rechtsprechung der unteren Gerichte, auslösen würde; Folgen freilich, die nicht mit Zahlen zu berechnen und zu messen sind.

Und dann ein Zweites: Auch der Unterrichter hat sein Teil an der Fortentwicklung des Rechts beizutragen. Steht er doch dem Leben und den Ereignissen in der einzelnen Sache viel näher als der Revisionsrichter, der die Sache nur aus den Akten kennt. Gerland tut die hier auftauchende Frage a. a. O. kurz ab: er glaube nicht, daß eine möglichst vielgestaltige Rechtsprechung der Untergerichte der Fortentwicklung des Rechts besonders dienen könne. Sicherlich wird hier nicht einer Zerplitterung des Rechts das Wort gesprochen. Aber eines übersieht Gerland. Der Praejudizienkult, auch wenn er nur zwischen Obergericht und Untergerichten sich auswirken soll, mit seiner erlahmenden psychologischen Wirkung wird es bald zu verhindern wissen, daß jemals eine einer Oberentscheidung widersprechende Ansicht von einem Unterrichter geäußert wird. Damit aber werden die Obergerichte jedes Anstoßes zur Korrektur ihrer früheren Entscheidungen von unten her entbehren. Die gegenüber einzelnen Entscheidungen des RG. auf Seiten der Untergerichte immer wiederholte Erklärung, sie könnten mit dieser oder jener Rechtsanschauung des RG. im Einzelfall nicht zu gerechten, befriedigenden Ergebnissen kommen, hat das RG. schon mehr als einmal bewogen, seine frühere Entscheidung durch eine neue im Sinn der Anregungen der Untergerichte ergehende zu ersetzen. — Heute und auch bei strengerem Ausbau der Rechtseinheitsgarantien wird diese Möglichkeit dem Unterrichter immer gegeben sein, ohne daß er dabei gegen das Gesetz verstößt. Das Praejudizialsystem aber mit seinem die freie Entscheidung des Unterrichters ausschließenden Zwang nimmt diese Möglichkeit dem Unterrichter weg. Das freie Schaffen und Urteilen des Unterrichters wird, wenn nicht ganz, so doch auf ein Minimum zurückgedrängt. So wird von unserem

Standpunkt aus dem Vorschlag Gerlands zu widersprechen sein.

Ein weiterer Zweifel schließt sich hier auch an. Nach unten hin ist die Rechtseinheit in Gerlands Plan unzweifelhaft gesichert. Unter den Senaten des RG. selbst dient ihrer Sicherung wie bisher das Verbot der Abweichung ohne zustimmende Plenarentscheidung. Auch wenn Gerland das Verfahren der Plenarentscheidung (um ihre Umgehung als überflüssig erscheinen zu lassen) durch die Einführung des Rechtseinheitssenates (siehe oben) erleichtern will, so muß doch zugegeben werden, daß diese Sicherung nicht von derselben strengen Art ist als die nach unten hin gesuchte. Verfasser hat sich oben für diese Regelung der Plenarentscheidung ausgesprochen und sie als hinreichende Garantie für die Rechtseinheit innerhalb des RG. bezeichnet. Er widerspricht sich nicht, wenn er hierzu noch einmal kritisch Stellung nimmt. Denn dort riet er zur Einführung dieses erleichterten Verfahrens in eine Rechtskultur, die das Praejudizialsystem n i c h t kennt. Gerland aber sieht die erleichterte Plenarentscheidung auch unter der Herrschaft des Praejudizialsystems als hinreichend zur Wahrung der Rechtseinheit innerhalb des RG. an. Hier könnte man ein Fragezeichen setzen. Denn die Ausstattung der Rechtsansprüche mit Gesetzeskraft durch den sie erlassenden Senat selbst könnte auf die juristische Mentalität der Senatsmitglieder, auf ihre Auffassung vom Wesen und von der Qualität einer RG.-Entscheidung einen so bedeutenden Einfluß ausüben, daß wiederum das RG. selbst die Plenarentscheidung auch in ihrer veränderten Form vielleicht nicht als geeignetes Mittel zur Beseitigung von Widersprüchen zwischen den einzelnen nunmehr mit Gesetzeskraft rechtsprechenden Senaten betrachten wollte und eine neue Ära der Umgehungen einsetzte. Diese mögliche, zu erwartende und auch nicht zu erwartende, jedenfalls in Rechnung zu ziehende Gefahr wollte ich hier nur nennen. Im Anschluß hieran sei berichtet, daß Gerland selbst von einer gegenwärtigen oder in naher Zukunft erfolgenden Verwirklichung seines Planes nicht überzeugt ist und deshalb für die Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung zwischen Obergericht und Untergerichten einen sofort zu verwirklichenden Plan kund gibt, der — dies sei im voraus bemerkt — von uns zu begrüßen sein wird. Auf ihn sei unten des Näheren eingegangen.

b) Die Vorschläge zur Einführung des Praejudizialsystems in unser Recht sind vereinzelt geblieben. Andere Pläne zur Rettung der Einheitlichkeit in der Rechtsprechung und zur gleichzeitigen Entlastung des RG. sind in den letzten Jahren mit der Bedeutung des Problems und der steigenden Notwendigkeit seiner Lösung an Zahl gewachsen. Da diese Pläne, ähnlich wie wir es oben bei der Betrachtung des ersten und zweiten E. zum StGB. uns vergegenwärtigt haben, in wesentlichen Punkten sich oftmals decken, seien hier nur noch zwei Vorschläge einer näheren Betrachtung unterzogen; deshalb, weil diese beiden Gedankengänge, denen die gleiche Zielrichtung inne ist, auf einander konträren Wegen zum gleichen Ziel gelangen wollen.

Der erste dieser Vorschläge kommt von Lobe, dem eifrigen Kämpfer um ein einheitliches Recht in Strafsachen. Siehe hierzu Gerichtssaal Band 97, 1928, S. 464, hier 474 ff. Der Generalnenner der zu unserem Problem von Lobe auf dem 35. deutschen Juristentag in Salzburg vorgebrachten Gedanken ist: „Alle Revisionen den OLGen!“ Daß damit eine durchgreifende Entlastung des RG. zu erreichen wäre, bezweifelt niemand. Aber die Einheit in der Rechtsprechung? Wehrten wir uns nicht im Vorausgegangenen gegen die zunehmende Revisionszuständigkeit der OLGe?. Wie kommt Lobe, dessen ständige Klage in diesem Zusammenhang die schlechte Besetzung der meisten OLGe ist (a. a. O. unter C 10. a), zu diesem Vorschlag? — Lobe geht davon aus, daß die Entscheidung über eine Revision zwei Aufgaben zu erfüllen habe. Einmal müsse sie eine gerechte Sachentscheidung für den einzelnen Straffall sein — diese werde auch von einem mit fünf ausgewählten Richtern besetzten Senat eines OLGes gewährleistet; diese gute vergrößerte Besetzung freilich müsse erst geschaffen werden. Die zweite Aufgabe einer Revisionsentscheidung liege in der Klarstellung des Inhalts von Gesetzen und in der Fortbildung des Rechts. Diese Aufgabe sei nur vom RG. zu erfüllen. Trete sie in einer Revisionssache an das OLG. heran, so sei die Revision an das RG. abzugeben. Dieses entscheidet also nur mehr ausnahmsweise und zwar

Erstens, wenn das OLG. von sich aus die Revision dem RG. vorlegt, weil es von einer früheren Entscheidung des RG. oder eines anderen OLGes abweichen will.

Zweitens, wenn das OLG. auf Antrag der StA.-schaft oder des Verteidigers die Revision dem Oberreichsanwalt zur Entscheidung vorlegt, ob er nach seinem Ermessen, etwa wegen der Bedeutung des Straffalles und der zu entscheidenden Rechtsfragen eine Entscheidung des RG. herbeiführen will. Lehnt dieser ab, so bleibt es bei der Zuständigkeit des OLGes. Auf diese Weise werden unbedeutende Sachen des RG. ferngehalten. Dem Oberreichsanwalt aber wird eine bedeutende Tätigkeit eröffnet: er kann eine Änderung der Rechtsprechung des RG. in Fluß bringen.

Soweit Lobe. Zum Vergleich sei ein Aufsatz: „Die innere Organisation des RG." in dem von ihm herausgegebenen Werk „Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929" herangezogen. Dort heißt es (Seite 25 Zeile 7 v. ob.): „Es besteht also (sc. bei der gegenwärtigen Regelung) die Möglichkeit, daß in einem Lande das RG. gänzlich ausgeschaltet werden kann". (Abgesehen freilich, was Lobe nicht erwähnt, von den Schwurgerichtssachen, die immer an das RG. gehen.). Das Bestehen dieser Möglichkeit aber nennt Lobe „einen ganz untragbaren Zustand". Räumt aber nicht auch der von ihm vertretene Vorschlag diese Möglichkeiten ein? Einmal will Lobe, daß das OLG. im Fall einer Abweichung die Revision von sich aus dem RG. vorlege. Das OLG. ist also nicht verpflichtet dies zu tun; das untere Gericht hat also zu entscheiden, ob es selbst oder das oberste Gericht zuständig ist: Eine Regelung, von der wir oben schon dringend abgeraten haben. Andererseits soll der Oberreichsanwalt über die Zuständigkeit des RG. bestimmen. In seiner dem RG. gewidmeten Festschrift scheint Lobe mit dem der StA.-schaft jetzt eingeräumten Einfluß auf die Zuständigkeitsverteilung nicht zufrieden zu sein; — in seinem Plan aber räumt er dem Oberreichsanwalt, der auch abhängiger Beamter und im Prozeß Beteiligter mit Parteifunktion ist, eine solch überragende Stellung ein. Nach seinem Vorschlag also kann das RG. als Revisionsgericht nur tätig werden, wenn ein OLG. oder der Oberreichsanwalt ihm eine Revision zuweisen. Irgendwelche absolute Zuständigkeit, auch in Schwurgerichtssachen, gibt es dann nicht mehr — denn für alle Revisionen sind in erster Linie die OLGe. zuständig. OLG. und Oberreichsanwalt können also das RG. als Revisionsgericht gänzlich ausschalten. Wenn Lobe angibt, es sei „nicht zu befürchten, daß

das RG. übermäßig ausgeschaltet werden würde", so ist das ein Optimismus, der viele sehr naheliegende Möglichkeiten nicht, auch nicht zum Teil in Rechnung zieht. Die Gefahr, die dem RG. hier besonders von den OLGen her bei der Durchführung dieses Vorschlages droht, darf als die größere und naheliegendste gewiß nicht übersehen werden; daran würde auch eine bessere Besetzung der OLGe nichts ändern. Wir kommen daher zu einer Ablehnung der von Lobe vertretenen Gedanken.

c) Mit Lobes Vorschlag hat sich Kitzinger in seinem Aufsatz über die „Aufgaben des RG. auf dem Gebiet der Strafrechtspflege" (Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bln. und Lpzg., 1929, 5. Bd., S. 253/255) kritisch auseinandergesetzt und besonders auf die oben gerügte Umkehrung des Verhältnisses zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft hingewiesen. Auch Kitzinger betont, daß die Entscheidung darüber, ob R.G. oder OLG. über eine Revision zu entscheiden habe, beim RG. liegen müsse und hebt vor allem dann noch mit Recht hervor, daß die Umleitung der Revision vom OLG. zum Oberreichsanwalt und dann zum RG. oder wieder zurück zum OLG. zwar eine Entlastung des RG. vermittle, gleichzeitig aber eine kaum erträgliche Mehrbelastung der Rechtspflege, zudem eine mit den Forderungen schleuniger Strafjustiz unverträgliche darstelle: Die Entlastung des RG. also zu teuer erkauft sei. An die kritische Betrachtung der Lobeschen Vorschläge anknüpfend bringt Kitzinger dann eigene Gedanken zur Entlastung des RG. und zur Stärkung der Rechtseinheit. In den Grundzügen ähnliche Gedanken führt auch Gerland a.n angeführten Orte aus. Ihnen schließt sich der Verfasser an. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um Folgendes:

In der Erkenntnis der Gefahren für eine einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen, die in einer von Fall zu Fall zu treffenden, beweglichen Zuständigkeitsregelung liegen, wenn diese Regelung das höchste Gericht von der mitbestimmenden Teilnahme an den Einzelentscheidungen über die Zuständigkeit so vollständig ausschließt wie das geltende Recht seit 1924 es tut — in der Erkenntnis der darin liegenden Gefahren fordern die von uns vertretenen Bestrebungen an Stelle des beweglichen wieder festes Recht. Das bedeutet aber nichts anderes als eine Erweiterung der Revi-

sionszuständigkeit des RG. Nach der geltenden Regelung gehören zur absoluten Zuständigkeit des RG. nur die Revisionen in Schwurgerichtssachen. Da auch die Zuständigkeit der Schwurgerichte 1924 eingeschränkt wurde, kann keineswegs behauptet werden, daß das RG. mit seiner Revisionstätigkeit die ganze Rechtsprechung in Strafsachen leiten oder gar beherrschen könne. Der stetig wachsenden, sich oftmals mit dem RG. in Widerspruch setzenden Revisionstätigkeit der OLGe gegenüber ist das RG. machtlos. Darum ist eine Erweiterung der absoluten Revisionszuständigkeit des RG. notwendig. —

Wie aber soll diese Erweiterung erfolgen, wie sie ausgebaut, welche Grenzen ihr gezogen werden? Hier zeigt Kitzinger einen neuen, m. E. aber nicht einzuschlagenden Weg. Der Gedanke freilich, den Kitzinger hier verfolgt, ist sehr interessant. Schon eingangs seines erwähnten Aufsatzes vertritt er den Standpunkt, daß die schwersten Verbrechen keineswegs die wichtigsten seien, die leichtesten Straftaten dagegen für die Rechtspflege von ganz besonderer Bedeutung sein müßten. Denn: „die Auslegungsfragen bei den schwersten Verbrechen gehen mehr den verhältnismäßig engen Kreis der kriminell Eingestellten an, derer, die das Gesetz verletzen wollen; die Auslegungsfragen bei den leichtesten Straftaten hingegen die große Maße der kriminell nicht Eingestellten, derer, die sich nach dem Gesetz richten wollen." Die oben gebrachte Behauptung wird durch diesen Satz schon begründet, doch begründet nur vom Standpunkt des an der Auslegung von Strafnormen interessierten Rechtsverletzers aus. Das Interesse des kriminell oder nicht kriminell Eingestellten an der Rechtsprechung und an der Auslegung von Strafrechtssätzen ist es aber nicht allein, was die Bedeutung und Wichtigkeit einer Norm, ihrer Auslegung und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung bestimmt. Ausschlaggebender für die Bedeutung ist wohl noch die Richtung und Schwere des Angriffs, will sagen das angegriffene Objekt, das geschützte Gut. Kurz gesagt: die Schwere der Tat ist und muß für die Rechtsprechung wichtiger sein als die Zahl der für ihre künftige Begehung in Frage kommenden und deswegen an ihrer Auslegung interessierten Täter. Solange es eine gesunde Rechtsprechung gibt, wird der Mord, auch wenn er „nur" 10 Täter im Jahre findet, wichtiger für die Rechtspre-

chung sein als die Übertretung des Verbots des groben Unfugs, mag diese auch hunderttausendmal im Jahre begangen werden. Freilich — und dies führt Kitzinger mit Recht an — gibt es Übertretungen, zum Beispiel aus dem Gebiet des Kraftfahrzeugrechts, die unbedingt eine einheitliche Auslegung für das ganze Reich infolge ihrer Wichtigkeit für den Einzelnen und für die Gesamtheit fordern und die eben als Übertretungen nur in Verbindung mit größeren Delikten, etwa dem Delikt der fahrlässigen Tötung, vor das RG. kommen und dort eine einheitliche Auslegung erfahren können. Wobei freilich, darauf weist Kitzinger nicht hin, auch dann die „einheitliche" Auslegung eine einmalige bleiben kann — die OLGe, an die in der Regel die Revisionen in Übertretungsstrafsachen gehen, sind an diese Entscheidung ja nicht gebunden. Dem aber wäre abgeholfen, wenn man Kitzingers Vorschlag folgte. Dieser geht dahin dem RG. außer den schweren Straftaten in letzter Instanz auch die zu überweisen, in denen das Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung besonders dringend ist, „dieser aber umgrenzt durch die Rechtssätze, auf deren Verletzung die Revision gestützt wird" (a. a. O. S. 256). Als Beispiel hierfür nennt Kitzinger die Rechtssätze, die den Verkehr im engeren Sinn regeln, aber auch „im weiteren Sinn verkehrswichtige Rechtssätze, etwa aus dem Lebensmittel-, dem Wettbewerbsgesetze". Als Vorbild für das Ganze nennt Kitzinger eine Regelung ähnlich der des § 8 EG. zum GVG. Der Gedanke läßt sich hören, sein Zweck, einem offenkundigen Übelstand abzuhelfen, ist zu begrüßen. Aber ich kann mir nicht helfen: aus Kitzingers Worten entnehme ich nur, was er will, kann aber nicht ersehen, wie es durchgeführt sein soll. Hier läßt der Vorschlag alles noch im Vagen; er deutet nur an, gibt aber keine feste Lösung. Kitzinger will aber festes Recht an Stelle des beweglichen. Es käme also bei dem Fehlen eines gemeinsamen Bandes für die im Einzelnen auseinanderfallenden Sätze aus dem Lebensmittel-, dem Verkehrs-, dem Wettbewerbsrecht darauf an, einen Katalog dieser Sätze aufzustellen. Es ist aber eine immer wiederkehrende Erscheinung in der Geschichte der Gesetzgebungen, daß die enumerative, limitative Methode in der Verteilung der Zuständigkeiten (Musterbeispiel: bayerisches V.G.G.!) immer dann, wenn sie sich auf eine Verteilung nach Sachgebieten und Einzeltatbeständen verlegt, wegen ihrer

Starrheit unbefriedigende, zu ungewünschten Kompromissen zwingende Ergebnisse zeitigt und zudem meistens schnell veraltet. Der Katalog müßte bei der Fülle der hier auftauchenden Fragen entweder wenige, weit abgesteckte, aber immerhin noch genügend konkretisierte Begriffe enthalten oder eine Unzahl kleiner, bis ins Einzelne genauest durchgearbeiteter Tatbestände aufzählen; im ersten Fall würde die Frage der Auslegung, im zweiten die Frage der Einreihung und Unterbringung der einzelnen concreta große Schwierigkeiten bieten, deren zeitraubende Lösung zudem heiß umstritten sein würde. Kitzingers Gedanke aber, daß in solchen, die Allgemeinheit berührenden, eine einheitliche Lösung fordernden Fragen, möge es sich auch nur um Übertretungstatbestände handeln, die Lösung dem RG. zugewiesen werden müsse, könnte auch in anderer Form verwirklicht werden. Was jahrelang der StA.-schaft übertragen und anvertraut worden war: die Unterscheidung zwischen wichtigen, eine einheitliche Lösung erfordernden Fragen und anderen zu treffen, dies kann ruhig auch dem RG. übertragen werden. Man gebe dem RG. die Möglichkeit in den zur Zuständigkeit der OLGe gehörenden Revisionssachen eine Revision dann an sich zu ziehen, wenn eine zwiespältige Rechtsprechung der OLG.e in den zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen sich geltend macht und die Rechtsfrage eine einheitliche Lösung erfordert. Man fürchte nicht, daß dieser Satz allzusehr die Zuständigkeit der OLG.e beschneide; er erscheint vielmehr notwendig als Garantie für die Rechtseinheit im Bezirk der absoluten, vom RG. losgelösten Revisionszuständigkeit der OLG.e. Darum soll auch beim RG. allein die Entscheidung liegen und diese ihrerseits zu ihrer Entstehung keiner Anregung von anderer Seite (StA.-schaft, Verteidiger, Oberreichsanwalt) bedürfen. Die Bestimmung diene lediglich der Wahrung der Rechtseinheit; die Entscheidung stehe deshalb ausschließlich beim Rechtseinheitssenat. Dieser kann im gegebenen Fall innerhalb einer vom Gesetz zu bestimmenden, nicht allzu langen Frist das abweichende Urteil des OLGes aufheben und die Sache zur anderweiten Entscheidung mit Bindung an die Ansicht des RG. an das OLG. zurücküberweisen. Ich glaube, daß von einer solchen Bestimmung, die dem RG. nur eine Möglichkeit einräumt, keine Pflicht zum Eingreifen auferlegt, ein günstiger Einfluß auf das Streben nach

Rechtseinheit zu erwarten wäre. Damit könnte das RG. auch im „unbeherrschten Gebiet", d. h. dem von der Revisionszuständigkeit der OLG.e erfaßten Gebiet, der Forderung nach Rechtseinheit in wichtigen Punkten dienen. Daß die OLG.e nach einem hierzu vom RG. ergangenen Beschluß trotzdem in der Folgezeit eine von der Ansicht des RG. abweichende Auffassung vertreten würden, ist gewiß nicht zu erwarten; neben anderem auch wegen der weiteren Eingriffsmöglichkeit des RG. nicht. Daß das ohnehin überlastete RG. nur in wenigen Fällen eingreifen wird, kann vorausgesetzt werden.

Vorausgehen aber muß — dieser Gedanke trat infolge der zunächst zu erörternden Pläne Kitzingers vorerst zurück — eine entsprechende Erweiterung der absoluten Revisionszuständigkeit des RG. Dies ist das Kernstück unseres Planes einer von Grund aus aufbauenden Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung in Strafsachen. Der damit verbundenen Steigerung der Arbeitslast beim RG. und deren Behebung sei im Anschluß hieran weitere Beachtung gewidmet.

An die Stelle des beweglichen, die Zuständigkeit des RG. regelnden Rechtes soll wieder festes Recht treten. Auch die VO. vom Jahre 1924 hat nicht verkannt, daß es notwendig sei dem RG. außer den Schwurgerichtssachen auch noch einen Teil der Schöffengerichtssachen in letzter Instanz zukommen zu lassen; hier aber die uns bekannte „bewegliche" Regelung getroffen. Hier muß wieder festes Recht werden. Es wird, z. B. von Bumke, der Gedanke vertreten, daß dem RG. auch bei der gegenwärtigen Regelung immer noch Sachen aufgebürdet würden, in denen ein Spruch des RG. keinen Wert habe. „Heute kann man eher die Frage aufwerfen, ob die VO. von 1924 genügt hat, dem RG. die Revisionen fernzuhalten, in denen ein Spruch des RG. weder der Rechtseinheit noch der Fortentwicklung des Rechts Nutzen bringen kann" (Bumke, Sorgen, D.J.Ztg. 1931, Heft 13, S. 853 ff.). Dieser Satz entbehrt solange des inneren Grundes und jeglicher Überzeugungskraft, solange die Beobachtung zu machen ist, daß der Übergang von Revisionen an die OLG.e als höchste Revisionsgerichte infolge der ungebundenen Stellung dieser Gerichte die Zersplitterung der Rechtseinheit fördert. Um diese Zersplitterung hintanzuhalten, muß ein

größeres, alle wichtigen, die schwersten und die Prototypen der mittelschweren Delikte umfassendes Gebiet dem RG. als Revisionsgericht zugeteilt sein; und jeder Spruch, der hier ergeht, dient zum mindesten indirekt der Rechtseinheit und stellt keineswegs eine überflüssige Belastung des RG. dar. Denn die Unmöglichkeit, daß auf einem Gebiet der Deliktsgruppen ein Spruch des RG. ergehen könnte, bedeutet auf der anderen Seite die Möglichkeit, daß hier eine zwiespältige, vielfältige, dissentierende Rechtsprechung der mehreren OLG.e entstehen kann. So legen wir unseren Reformplänen den Gedanken zu Grunde, der bei der Schaffung der GVG. bestimmend war für die Abgrenzung der Zuständigkeit der OLG.e und des RG., auf den wir eingangs des zweiten Teiles dieser Arbeit schon zu sprechen kamen. Man könnte an eine katalogmäßige Aufzählung der dem RG. neu zuzuweisenden Delikte und Deliktsgruppen denken, doch möchte ich solchem Vorgehen wegen der Schwierigkeit der Auswahl das Wort nicht reden. Einen weitergehenden Vorschlag bringt Gerland a. a. O. ein und diesem möchte ich mich anschließen: Die Revisionen gegen die Urteile, die die große Strafkammer als Berufungsinstanz erlassen hat, sollen in Zukunft immer an das RG. gehen, nicht bloß dann, wenn in erster Instanz das erweiterte Schöffengericht entschieden hat. Diese Reform wäre, worauf Gerland am Schluß seiner Ausführungen besonders hinweist, sehr einfach ins Gesetz aufzunehmen: dazu wäre nur die Streichung der Worte „wenn in erster Instanz — — — entschieden hat“ in § 121, Zi. I, c GVG. notwendig. Damit aber wäre dem höchsten Revisionsgericht ein hinreichend großes Gebiet zur Aufrichtung und Überwachung einer einheitlichen Rechtsprechung zugeteilt. Das erweiterte Schöffengericht könnte wie bisher bestehen bleiben, die Zuständigkeitsverteilung zwischen den unteren Gerichten bräuchte nicht geändert zu werden. Fürchtet man, daß diese Reform zu weitgreifend sei — ein Bedenken, das man wohl aus mancherlei praktischen, organisatorischen und gerichtstechnischen Erwägungen heraus hegen kann, dem man aber im Interesse der Rechtseinheit gern widersprechen möchte — so gibt es nur einen zweiten Weg in der angezeigten Richtung, der dann aber, soll er zur Rechtseinheit führen, eine genügende Breite und eine kräftige, verlässige Untermauerung haben muß. Die Zuständigkeit des erweiterten Schöffengerichts

muß aus einer nur vermittelten, zu einer in der Hauptsache absoluten und selbständigen, alle wichtigeren und wesentlicheren, zur Zuständigkeit des gewöhnlichen Schöffengerichts gehörenden Tatbestände umfassenden Zuständigkeit gemacht werden. Der Absatz zwei des § 29 GVG. müßte also fallen und in einem § 29a eine Aufzählung der Delikte erfolgen, die in erster Instanz stets vor dem erweiterten Schöffengericht zu verhandeln wären. Nur einige Straftaten, die hier aufzunehmen wären, seien hier genannt: gefährliche Körperverletzung (§ 223a) und schwere Körperverletzung (§§ 224, 225); die Unzuchtsdelikte (§§ 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180 mit 184); die Tötung auf Verlangen (§ 216); die fahrlässige Tötung (§ 222); die Abtreibung (§ 218); Raub und schwerer Raub (§ 249 § 250); Münzfälschung (§§ 146 mit 149) und andere wichtigste, oft mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Zuchthaus überhaupt — z. B. § 177 — bedrohte Delikte. Die Auswahl der in einen solchen, die absolute Zuständigkeit des erweiterten Schöffengerichts bestimmenden Paragraphen aufzunehmenden Delikte würde zwar, weil lebhaft umstritten, größere Schwierigkeiten sicherlich bereiten; diesen aber wird man sich unterziehen müssen, wenn man Gerlands prinzipiellen, weitergehenden Vorschlag nicht akzeptieren will. Im Anhang hierzu sei noch ein weiterer, von Graf Dohna auf dem Salzburger Juristentag 1928 vertretener Gedanke erwähnt, der dahing ging, die landesgerichtliche Strafkammer als Hauptgericht erster Instanz wieder herzustellen. Da dieser Gedanke aus naheliegenden, vor allem im Technisch-organisatorischen liegenden Gründen kaum verwirklicht werden dürfte, sei nicht näher auf ihn eingegangen.

Folgt man dem vertretenen Vorschlag in der Form, wie Gerland ihn vorbringt, oder in der zweiten als möglich erkannten Form und gewährt man zugleich im Einzelfall dem RG. die Möglichkeit Strafsachen aus dem Gebiete der Revisionszuständigkeit der OLG.e unter den oben genannten Voraussetzungen an sich zu ziehen und mit bindender Wirkung an das zuständige OLG. zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen — so glauben wir, daß damit dem RG. ein hinreichend großes „unbestrittenesGebiet“ zusteht und ihm zugleich im „umstrittenen Gebiet“ jederzeit die Eingriffsmöglichkeit gewahrt bleibt, die das Aufrechterhalten einer einheitlichen Recht-

sprechung auch dort gewährleistet. Damit wären die Garantien für die Rechtseinheit in Strafsachen im Reich genannt.

6. Die von uns im Vorausgegangenen entwickelten Gedanken würden, wir haben oben schon darauf hingewiesen, den Strafsenaten beim RG. neue Mehrarbeit bringen. Über die Größe dieser Mehrarbeit sich jetzt schon in eingehenden Vermutungen zu äußern ist nicht möglich; noch weniger möglich zu behaupten, die Last würde, da man im wesentlichen zur ursprünglichen Zuständigkeitsverteilung zurückgekehrt sei, nicht größer sein als in den 80er Jahren und zudem von mehr Richtern als damals getragen werden; man brauche sich also deswegen keine Sorgen zu machen. Solche Rechnung würde niemals stimmen, denn die steigende Zivilisation, die Verarmung des Volkes und die ständig wachsende, Millionen Männer und Frauen erfassende Arbeitslosigkeit brachten eine gewaltige Steigerung der Kriminalität und stellen ein weiteres, gewaltiges Anschwellen der Verbrechenswelle in sichere Aussicht.

Es sind darum Wege aufzuzeigen, bei deren Beschreitung es dem RG. möglich sein soll ohne zu große Überlastung sich den dringendsten Aufgaben der Zukunft zuzuwenden: der Einführung des neuen StGB. und der Wiedergewinnung und Erhaltung der Rechtseinheit und -Sicherheit.

„Des allereinfachsten, nächstliegenden und wirksamsten Mittels der Entlastung, also des trivialsten Ausweges . . . wird merkwürdig wenig gedacht: verstärkte Besetzung des RG." So Kitzinger a. a. O. S. 256. Inzwischen aber — Kitzingers Aufsatz ist abgeschlossen im April 1929 — ist dieser Weg teilweise schon beschritten worden. Das Gesetz vom 1. 5. 30 (R.G.Bl. I S. 31) hat das bisher bestehende Verbot der Beschäftigung von Hilfsrichtern für drei Jahre außer Kraft gesetzt; es sind daraufhin Hilfsrichterstellen beim RG. geschaffen worden. Zur wirksamen Entlastung des einzelnen Senates wie des RG. im Ganzen sollen diese Hilfsrichterstellen nicht 1933 wieder verschwinden müssen, sondern an ihre Stelle ordentliche Reichsgerichtsräte gesetzt werden; auch eine über die Zahl der Hilfsrichterstellen hinausgehende Vermehrung der Reichsgerichtsratstellen wird, da eine gewisse Grenze sicherlich nicht überschritten werden dürfte, rechtlichen Bedenken nicht begegnen. Dieser Ansicht ist auch Bumke in seinem schon angeführten Aufsatz.

Eine zu Bedenken Anlaß gebende Überbesetzung liegt nicht vor, da die Richterzahl des einzelnen Senates nicht vermehrt werden wird. Vermehrt wird nur die Zahl der Senate und auch diese höchstens soweit erhöht, daß sie der Zahl der zivilrechtlichen Senate gleichkommt. Dann aber kann, da diese Zahl gewiß als tragbar empfunden wird, darin auch keine Gefahr für die Einheit der Rechtsprechung innerhalb des RG. selbst liegen. Die finanziellen Bedenken aber dürfen, wo höchste Ziele des Volkes auf dem Spiele stehen, keine allzu große Rolle spielen, besonders da es sich um eine gewiß im Reichshaushalt keineswegs ausschlaggebende Summe handeln kann. „Ein allgemeiner Fehler, dessen sich die Menschen bei ihren Unternehmungen schuldig machen, war auch der erste und ewige Grundmangel des Kammergerichts: Zu einem großen Zwecke wurden unzulängliche Mittel angewendet." Dieses Zitat Goethes, zu finden in „Aus meinem Leben", 3. Teil, 12. Buch, sei abschließend hier angeführt.

Neben der Vermehrung der Richterstellen fordert Kitzinger (Gerland lehnt dies ab) einen energischen Abbau der erstinstanziellen Zuständigkeit des RG. in Strafsachen, und dies „nicht nur der Entlastung wegen" (a. a. O. S. 258). Er führt dazu aus: „daß dem RG. die Untersuchung und Entscheidung über die Verbrechen des Hochverrats, Landesverrats und Kriegsverrats gegen das Reich und des Verrats militärischer Geheimnisse übertragen ist, widerstreitet von vorneherein dem Wesen des Revisionsgerichts. Daß es über diese schwersten Verbrechen in erster und letzter Instanz (GVG. § 136 [Nr. I alte Fassung, jetzt § 134. D. Verf.]) entscheidet, wäre für unser Rechtsgefühl, das für alle anderen Straffälle zwei oder drei Instanzen verlangt, untragbar, wenn nicht dieses Gefühl im Lauf eines halben Jahrhunderts durch Gewöhnung abgestumpft worden wäre. Diese erst- und letztinstanzielle Zuständigkeit des RG. war auch bei den Beratungen über das GVG. auf sehr starken Widerstand gestoßen. Männer wie Gneist und Windhorst haben von einem Ausnahmegericht, andere von einer Sternkammer gesprochen. Ausschlaggebend aber war . . . die Sorge für die Sicherheit des Reichs oder die Gefahr einer nicht bundestreuen Haltung eines Bundesstaats. Das Reich bedürfe bei diesen Verbrechen der stärksten Garantien und diese könne nur ein vom Reich eingesetztes Gericht,

vor allem nur eine vom Reich eingerichtete, den Weisungen der Reichsregierung unterworfene Staatsanwaltschaft bieten."

Hierzu noch einige notwendige Feststellungen. Die Belastung des RG. mit der erstinstanziellen Zuständigkeit ist sehr groß; sie nimmt von den 5 Strafsenaten zwei vollständig in Anspruch. Rund 13 Richter befassen sich ausschließlich mit erstinstanzlicher Tätigkeit. Die Zahl der anhängigen Hauptverfahren betrug 1927 112; 1930 sind 72 Hauptverfahren eröffnet, 69 durch Urteil erledigt worden; einzelne Sachen nahmen mehrere Wochen in Anspruch. Würde nur einer der beiden Senate für die revisionelle Zuständigkeit des RG. freigemacht, so wäre das ein bedeutsamer Kräftezuwachs ohne Neu- und Mehrkosten für das Reich. Ein Anfang ist gemacht: für Landesverratssachen und den Verrat militärischer Geheimnisse ist dem Oberreichsanwalt eine Verweisungsmöglichkeit an die Landes-StA.-schaft, dem RG. eine solche an die OLG.e durch GVG. § 134 Abs. 2 und 3 eingeräumt. Hier könnte man — besonders, da dem RG. diese erstinstanzliche Tätigkeit eine Quelle der ärgsten Vorwürfe und Angriffe geworden ist — weiterbauen, die Zuständigkeit verschieben in Richtung zu den OLG.en hin und das RG. zur Berufungsinstanz machen, ihm also eine ungehinderte Überprüfung der Tat- und Rechtsfragen einräumen. Die die Verfolgung der genannten Verbrechen einleitende und überwachende Stellung des Oberreichsanwalts kann auch bei dieser Neuordnung der Zuständigkeit beibehalten werden. Läßt man zudem beim RG. die Entscheidung über die Ergebnisse der Voruntersuchung, so bleibt, wie Kitzinger sagt, das Gericht des Reiches Herr darüber, ob es zur gerichtlichen Verhandlung kommt und spricht zugleich, als Berufungsgericht, das letzte, entscheidende Wort über Schuld, Unschuld und Strafe. — Solche, rechtlich gewiß nicht angreifbare, eher begrüßenswerte Regelung brächte dem RG. Entlastung und Freiwerden mindestens eines Senates für wichtige Revisionsaufgaben. Auch den heftigen Angriffen gegen das RG. wäre damit die Grundlage entzogen (Ebermayer, damals Oberreichsanwalt, warnte selbst in der D.J.Ztg. 1928/36 davor, das RG. weiter in die Wirren des politischen Lebens hineinzuziehen, hatte jedoch damals vor allem den neuzuschaffenden, dem RG. anzugliedernden Staatsgerichtshof z. Schutz d. Rep. im Auge). Freilich müßte dann der

Schönheitsfehler, daß das RG. für dieses Gebiet zum Berufungsgericht wird, mit in Kauf genommen werden. —

Ob es vorteilhaft wäre, die übrigen mit dem RG. verbundenen und die Strafsenate mit belastenden Gerichtshöfe abzutrennen, ist zweifelhaft, denn diese Gerichtshöfe stellen keine besonders starke Belastung des RG. dar. Zu nennen wären: Der Disziplinarhof für richterliche Militärjustizbeamte und (mehr Kräfte erfordernd) der Reichsdisziplinarhof; der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte und der Staastgerichtshof für das deutsche Reich. Die hier aufzubringende Leistung ist als solche nicht gering; Bumke schätzt die gesamte hier zu leistende Tätigkeit der von vier Reichsgerichtsräten gleich — immerhin erscheint sie aber gering im Verhältnis zur Gesamtleistung des RG. Darum fragt es sich, ob die Abtrennung dieser Gerichtshöfe vom RG. eine sie rechtfertigende, nennenswerte Entlastung bringen würde. Freilich läßt sich nicht unbegründet dagegen sagen, daß man das ohnehin überlastete RG. von allen mehr oder weniger seitwärts liegenden Aufgaben freihalten sollte, besonders wenn einige von ihnen dazu neigen das RG. allzusehr in das politische Leben hineinziehen. Der Vorwurf, daß die R.G.-Räte allzusehr auch durch außergerichtliche Gutachtertätigkeit in Anspruch genommen seien, wird von Bumke mit Recht als gänzlich unbegründet zurückgewiesen. Siehe auch Jahns Zurückweisung für den Reichsfinanzhof in der D.J.Ztg. 1931/278. Überdies würde eine Gutachtertätigkeit von vorneherein weniger in Strafsachen und bei den Strafsenaten anzutreffen sein.

Einer anderen Forderung zur Entlastung des RG. begegnen wir noch: sie zielt nach der Beseitigung des Verbots der reformatio in peius. Es ist hier nicht der Ort auf die Geschichte dieses Verbotes einzugehen, es sei nur festgestellt, daß es als das Produkt einer man möchte sagen romantisch-historischen Erinnerung in unser Recht Eingang gefunden hat. So kommt es, daß das Verbot der reformatio i. p. „in der Gewohnheit festgegründet ruht" und nicht zuletzt infolge des von ihm gewährten Gefühls der Geborgenheit und Sicherheit in der Ideenwelt des Volkes mit zähen Wurzeln sich befestigt hat. Die historische Erinnerung des Gesetzgebers und die Bequemlichkeit des Volkes hängen an diesem Institut. Der Prüfstein jeder Rechtsnorm ist seine objektive Gerechtigkeit.

Das Verbot der reformatio aber hat mit objektiver Gerechtigkeit nichts zu tun. Das zeigt am deutlichsten sich dann, wenn man sich diese Einrichtung wegdenkt. Ist dann der Rechtsuchende der Gefahr der Ungerechtigkeit ausgesetzt? Keineswegs! Hat er mit seinem Angriff auf das Urteil Recht, so wird der neue Richterspruch ihm dieses Recht geben; lagen dem Angriff andere Momente als das gerechtfertigte Bewußtsein, ungerechtfertigt verurteilt worden zu sein, zu Grunde — so muß man, will man diesen Motiven folgen, auch die Gefahr einer ungünstigen Abänderung des Urteils auf sich nehmen. Ungerecht ist das gewiß nicht; und daß der höhere Richter gerecht urteilen wird, ist wohl zu unterstellen. Ungerecht wäre aber das Verbot der reformatio, weil es eine willkürliche und risikolose Ergreifung der Rechtsmittel vor allem dem begüterten Verbrecher — und solche gibt es mit steigender Zivilisation in stetig wachsender Zahl — immer gestattet; es kann dieses Verbot dann einem Mißbrauch der Rechtsmittelbenützung als Grundlage dienen. Ein Fallen des Verbotes würde demnach die Forderungen der Gerechtigkeit in Nichts verletzen, es würde aber durch die damit gegebene Möglichkeit einer ungünstigen Abänderung des Urteils seitens des höheren Gerichts beim Angeklagten eine leichtsinnige und ungerechtfertigte Einlegung unterbinden und damit — darum die Forderung nach der Abschaffung des Verbots der reformatio — den Instanzgerichten manche, vielleicht viele Arbeit fernhalten. Daß damit auch eine Entlastung des RG. erreicht werden würde, ist nicht zu bezweifeln. Damit aber wäre, bei der Verstärkung der Richterzahl und dem Abbau der erstinstanzlichen Tätigkeit dem RG. eine weitgehende Entlastung zuteil geworden, die die Durchführung der oben ihm anvertrauten Aufgabe ermöglichen und sicherstellen würde.

Anhang zu Teil 1 und 2.

1. Wir haben uns im Vorausgegangenen ausführlich mit der Aufrechterhaltung einer einheitlichen Rechtsprechung der Strafgerichte, mit der Rechtseinheit auf strafrechtlichem Gebiet befaßt. Obgleich damit das Thema im wesentlichen behandelt sein dürfte, muß zum Schluß noch an zwei Probleme gerührt werden, die im Zusammenhnag mit den erörterten Fragen stehend erst in letzter Zeit wieder in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt worden sind.

Es handelt sich um das Verhältnis der Rechtsprechung der einzelnen höchsten deutschen Gerichte untereinander und um die Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung im allgemeinen (siehe hierzu vor allem Schiffers Aufsatz „Rechtseinheit" in der D. J.Ztg. Heft 10, ferner Jahns Erwiderung auf die von Bumke in einem Vortrag in der Jurist. Studiengesellschaft in München, März 1931, entwickelten Gedanken: „Widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen" J. W. Leipzig 1931, S. 1778). Die Möglichkeit der Abweichung der einzelnen höchsten Gerichte in ihren Rechtsprechungen beruht darauf, daß an die einzelnen Gerichte, auch wenn sie in der Hauptsache sich mit Fragen des Verwaltungsrechts, des Zivilrechts, des Staatsrechts, des Steuerrechts zu beschäftigen haben, dennoch häufig Fragen entweder allgemeiner Rechtsnatur oder auch „fremder" Rechtsnatur gelangen. Daß dann sich häufig Abweichungen ergeben, ist bekannt; eine kleine Auswahl hievon bringt Schiffer a. a. O. Die Tatsache, daß es möglich ist und auch schon vorgekommen ist, daß der eine höchste Gerichtshof in letzter Instanz unangreifbar und unanfechtbar etwas für schwarz erklärt hat, was ein anderer höchster Gerichtshof in einem gleichfalls unanfechtbaren letztinstanzlichen Urteil für weiß erklärt und daß es sich dabei um dieselbe Tatsache aus demselben Rechtsverhältnis handelt — dies muß zu ernsten, in einer Zeit der Justiz- und Staatskrisen zu sehr ernsten Bedenken Anlaß geben. Die Frage ist nun die, wie voneinander abweichende, oberstrichterliche Entscheidungen vermieden werden können. Hier stets zu einer Aussetzung des Verfahrens zu raten und zu warten bis der mit der Vorfrage im besonderen befaßte Ge-

richtshof entschieden hat — sei es, daß die Sache bei diesem ebenfalls bereits anhängig ist oder erst anhängig gemacht werden muß — ist wegen der damit verbundenen Verschleppung des Prozesses und der Verteuerung des Verfahrens mit Rücksicht auf den Rechtsuchenden nicht, wenigstens nicht immer angängig. In dem angeführten Vortrag Bumkes regte dieser an, allen obersten Gerichtshöfen, ganz gleich, ob sie sich mit bürgerlichem oder öffentlichem Recht befassen, die Eigenschaft eines höchsten Gerichts zu nehmen und über alle ein oberstes Reichsgericht zu stellen, das lediglich einander widersprechende Rechtsprüche und Rechtsanschauungen der einzelnen höchsten Gerichte in identischen Rechtsfragen ausgleichen und so aus der Welt schaffen sollte. Gegen diese Anregung geht Jahn vor, denn er sieht in ihr die Gefahr einer Überorganisation — worin ihm beizupflichten ist — und die Möglichkeit des Erstehens einer 4ten und 5ten Instanz, eine unfruchtbare Verschleppung der Prozeßentscheidungen, sowie, wenn die Anrufung in die Hände der Parteien gelegt wird, die Ausbildung eines Praejudizienkultus, „dessen Hauptaufgabe in der Auffindung von Praejudizien aus einem Jahrhundert und mehr besteht." Jahn schlägt, wenn man nicht alles beim Bestehenden lassen zu können glaubt und gesetzgeberische Maßnahmen für notwendig hält, einen anderen Weg vor: Analoge Anwendung der Vorschriften, die jetzt für einen Ausgleich zwischen Widersprüchen unter Senaten desselben Gerichts dienen, bei zwiespältiger Rechtsprechung mehrerer höchster Gerichte. Die Senatspräsidenten und je zwei oder drei Mitglieder der uneinigen Senate der dissentierenden höchsten Gerichte sollen einen die Streitfrage regelnden Entscheidungssenat bilden. Ob damit allen Forderungen genügt sein wird, wie Jahn glaubt, kann nicht untersucht werden. Vorerst wird mehr einer Verwirklichung des Gedankens Jahns das Wort zu reden sein als der Durchführung der mehr Kosten und Aufwand erfordernden Pläne Bumkes. Denn zunächst scheint das gestellte Problem zur Lösung noch nicht völlig reif zu sein — wobei freilich keineswegs die Dringlichkeit des Problems verkannt werden soll. Noch aber ist die einheitliche Rechtsprechung auf den einzelnen Rechtsgebieten — auf dem Gebiet des Strafrechts haben wir es dargelegt — nicht völlig sichergestellt. Auch ist noch kein einheitliches Verwaltungsrecht und kein Reichsverwaltungsgerichts-

hof geschaffen. Die Einigung und Festigung der Teile aber muß der Schaffung des Ganzen vorausgehen.

2. Und noch ein zweiter Gedanke ist hier im Zusammenhang mit unserem Thema zu erwähnen, enger verknüpft mit ihm als der vorbesprochene. Es handelt sich um den Plan das Ziel der Rechtseinheit auf strafrechtlichem Gebiete über die Grenzen des engeren Vaterlandes hinaus zu verfolgen. Ein einheitliches Strafrecht und eine einheitliche Rechtsprechung in Strafsachen soll der erste, grundlegende Schritt der deutsch-österreichischen Rechtsangleichung und Rechtsvereinigung sein. Der Anfang ist gemacht: ein einheitlicher Entwurf eines StGB. will von beiden Ländern zum Gesetz erhoben werden. Doch reicht das, wie wir eingangs schon hervorgehoben haben, zur Erstehung einer Rechtseinheit auf strafrechtlichem Gebiet nicht hin. Will man dem Ziel ebenso ernst sich nähern, wie es begeistert verkündet wurde, so muß vor allem dafür Sorge getragen werden, daß das einheitliche Gesetz auch in der Rechtsprechung beider Länder einheitlich ausgelegt werde. Gerade aber bei der Verschiedenartigkeit des juristischen Denkens in beiden Ländern über manchen Punkt des materiellen Strafrechts entsteht hier eine sehr danach trachtet die erstrebte Einheit nicht nur nach außen hin zu verkünden, sondern ihr auch zum Sieg verhelfen will. Dann freilich darf man es nicht schon bei dem gewiß am ehesten in die Augen springenden Punkt des Bestehens identischer Strafgesetze bewenden lassen. Um zu erkennen, worum es sich hier in der Hauptsache handelt, sei auf die Verschiedenheit der Abgrenzung zwischen Versuch und straffloser Vorbereitungshandlung in den beiden Rechtsprechungen hingewiesen. Im Gegensatz zur deutschen erblickt die österreichische Rechtsprechung strafbaren Versuch in jeder Handlung, die den verbrecherischen Vorsatz deutlich erkennen läßt, umfaßt also unter Umständen sehr wohl auch nach deutschem Recht straflose Vorbereitungshandlungen. Die Regelung des Entwurfes greift hier nicht ein: keine der beiden Rechtsanschauungen muß also von ihrer bisherigen Übung abgehen. So könnte trotz gleichem StGB. in beiden Ländern in wesentlichen Punkten verschiedene Rechtsprechung und damit verschiedenes Strafrecht bestehen bleiben. Hier harren also für die Rechtswissenschaft beider Länder noch wichtige Aufgaben der Lösung, soll eine wirkliche Einheit erreicht werden. Des hier

aufgezeigten Problems gedachte auch H. von Weber in seiner schon oben zitierten Jenaer Antrittsrede. Er schloß sie mit diesen Worten: „Gemeinsame Besprechungen der Richter, Richteraustausch, gemeinsame Ausschüsse der obersten Gerichte eröffnen hier wertvolle Möglichkeiten, die einheitliche Rechtsprechung sicherzustellen. Die deutsche Rechtseinheit kann nicht durch eine einmalige Tat des Gesetzgebers hergestellt werden. Sie ist eine unendliche Aufgabe, an der zu arbeiten ein schönes Vorrecht der Richterschaft beider Länder ist".